Die kritische Betrachtung einzelner Probleme der Eigentümerhypothek im Lichte der Interessenwertung.

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Rostock,

vorgelegt von

Walter Christmann,

Referendar aus Berlin.

1935

Druck: Handelsdruckerei C. Trute, Quakenbrück i. H.

Referent: Professor Dr. Schultze-von Lasaulx.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern in Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Allgemeines über die Eigentümergrundschuld und die Interessenjurisprudenz 1
I. Die Eigentümergrundschuld 1
II. Die Interessenjurisprudenz 8
III. Das Anlehnungsdogma und die Zweckgemeinschaft . 19

§ 2. Die Nichtigkeitswirkung 21
I. Der Meinungsstreit 21
II. Eigene Stellungnahme 24

§ 3. Die atypischen Versagensfälle 32
I. Allgemeines 32
II. Die einzelnen Probleme 35
1. Der Simulationsfall 35
2. Der Schenkungsfall 38
3. Die Fälle der Surrogatforderung 42
4. Die Zweckgemeinschaft bei den Erlöschungsgründen, dargestellt am Verzichtproblem 44

§ 4. Die vorläufige Eigentümerhypothek 47
I. Der hypothekarische Schatten 47
1. Der Meinungsstreit 48
2. Die Wertung der auftretenden Interessen . . . 50
II. Die vorläufige Eigentümerhypothek 51
1. Die verschiedenen Ansichten 51
2. Die eigene Stellungnahme 54

§ 5. Das Eigentümerpfand bei der Bordellhypothek . . . 56
I. Der Meinungsstreit 56
II. Entscheidung des Interessenkonflikts 61

§ 6. Schlußwort 64

Literaturverzeichnis.

Anson, Die Grundzüge des englischen Vertragsrechts, Berlin, 1908.

Bendix, Zur Auslegung des § 873 BGB. Seuff. Bl. Bd. 68, 194 ff.

derſ., Berechtigt der Beſitz des Hypothekenbriefes des Grundſtückseigentümers zur Verfügung über die auf ſeinem Grundſtück für einen Dritten eingetragene Eigentümerhypothek? Seuff. Bl. 67, 535 ff.

Bernhöft, Einigung, Antrag und Eintragungsbewilligung im Liegenſchaftsrecht.

Biermann, Kommentar z. Sachenrecht, 3. Aufl. 1914.

Brink, Die Bezahlung der Hypothekenforderung ſowie die Hypothek am eigenen Grundſtück. 1907.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des BGB.

Crome, Syſtem des deutſchen bürgerlichen Rechts.

Dernburg, Das Sachenrecht des deutſchen Reichs und Preußens. 4. Aufl. 1908.

Ebbecke, Die Eigentümerhypothek, Recht, 1912, 463 ff.

Eccius, Kondiktion des Wucherers nach bürgerlichem Geſetzbuche, DJZ., 1903, 41.

Ehrlich, Das zwingende und das nichtzwingende Recht.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Sachenrecht, 1905.

derſ., Die Rechtsquellen des bürgerlichen Rechts und ihre Auslegung, in Die Reichsgerichtspraxis im deutſchen Rechtsleben, Bd. II.

Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, 13. Bearb.

Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs, 1873.

Fiſcher, Konverſion unwirkſamer Rechtsgeſchäfte, in der Feſtſchrift für A. Wach, 1913.

Foerſter, Veräußerung von Grundſtücken mit Bordellbetrieb, Recht 1905, 356.

Fuchs, Eugen, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, 1901.

derf., Grundbegriffe des Sachenrechts, 1917.

derf., Grundbuchrecht, Bd. 1 1902, 2. Aufl. 1913.

derf., Die Rangstellung der Eigentümer- und Gläubigerhypothek, DJZ. 1905, 115.

Fuld, Die Eigentümerhypothek im Konkurs, 1911.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, II. Sachenrecht, 05.

Goldschmidt, Hans, Eigentum und Eigentumsteile, 1920.

Goldschmidt, Julian, Noch einmal die Eigentümerhypothek, Bürgerl. Arch. 20, 23 ff.

Goldtmann-Lilienthal, Komm. z. Sachenrecht, 1921.

Gürtner, Richter und Rechtsanwalt im neuen Staat, DJ. 34, 370.

Güthe, Georg, Die künftige Eigentümerhypothek, Z. d. D. Not. V. 6, 729 ff.

Güthe-Triebel, Kommentar zur Grundbuchordnung, Aufl. 19.

Hachenburg, Vorträge, 1. Aufl. Mannheim, 1898, 2. Aufl. Mannheim, 1899.

Hagelberg, Entwicklung und Probleme der neueren Hypothekenpraxis. Tübingen, 1926.

Hartmann, Rechte an eigener Sache. Jehrgs. Jahrb. 17, 69.

Heck, Die Ausdehnung des § 817 Satz 2 auf alle Bereicherungsansprüche, Arch. ziv. Pr. 124, 1 ff.

derf., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932).

derf., Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen, 1914.

derf., Grundriß des Sachenrechts, Tübingen, 1930.

derf., Grundriß des Schuldrechts, Tübingen, 1929.

derf., Die logische Analyse des juristischen Methodenstreits durch Richard Hönigswald, Arch. ziv. Pr. 138, 129 ff.

derf., Interessenjurisprudenz 1933, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 97.

derf., Probleme der Rechtsgewinnung, 1932.

Henle, v., Besprechung der GBO. von Güthe, Recht, 1906, 67 ff.

derf., Grundbuchrechtliche Streitfragen, Recht, 1909, S. 382 ff.

Henle, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgem. Teil, 1926.

Herold, Die beiden Unterarten der Eigentümerhypothek und das Wesen der Sicherungshypotheken, ZBlfG. 4, 695.

derf., Die Eigentümergrundschuld bei der Buchhypothek und bei der Sicherungshypothek. ZBlfG. 10, 177.

Hildebrandt, Formalismus im bürgerlichen Recht, DR. 34, 353.
Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek, im Arch. bürg. R. 25, 222 ff.
derſ., Die Eigentümerhypothek beim Amortiſationsdarlehen. Gruch. Btrg. 49, 766.
Hirſchfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundſtück, Berlin, 1914.
Hölder, Das gegen die guten Sitten verſtoßende Rechtsgeſchäft, DJZ., 08, 46.
Hönigswald, Begriff und Intereſſe, Arch. ziv Pr. 138, 1 ff.
Horn, Die Eigentümerhypothek, Breslau, 1906.
Jaeger, Komm. zur KO. 1932.
Ihering, Der Zweck im Recht.
derſ., Paſſive Wirkung der Rechte, Jhrgs. Jhrb. 10, 387.
Jellineck, Verwaltungsrecht, 3. Aufl.
Kahler, Pfandrechtliche Forſchungen, Arch. ziv. Praxis, 91, 156 ff.
Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek. Feſtgabe der Berliner Juriſtiſchen Geſellſchaft für Koch, 1903.
Kiſch, Der deutſche Richter, Akad. f. d. R., Heft 1, 1934.
Kiß, Geſetzesauslegung und ungeſchriebenes Recht, Jhrgs. Jhrb. 58, 413 ff.
Klingmüller, Das Schuldverſprechen.
Kretzſchmann, Der 63. Band der Reichsgerichtsentſcheidungen auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Sachenrechts, ZBlfG. 7, 801 ff.
derſ., Zur Bedeutung des dinglichen Vertrages, Recht, 1910, 79.
derſ., Geſetzlicher Uebergang der Grundſchuld, ZBlfG. 13, 1 ff.
derſ., Sachenrecht, 1906.
Lenel, Beſprechung von Entſcheidungen des Reichsgerichts, DJZ. 07, 454.
Lenhard, Die Eigentümerhypothek. (Grundſchuld). Bürg. Arch. 35, 387.
Leonhardt, Rudolf, Der allgemeine Teil des BGB. in ſeinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswiſſenſchaft, 1900.
Lobe, Die Rechtsſprechung im bürgerlichen Recht, 50 Jahre Reichsgerichtspraxis, Berlin, 1929.
Manigk, Das Intereſſe, Handbuch der Rechtswiſſenſchaft, Band III, 297 ff.
Matthießen, Zur Gültigkeit der Bordellhypothek, DJZ. 07, 534.

Mauczka, Der Rechtsgrund des Schadenersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse.

Mayer, Die Pfändung von Eigentümerhypotheken, Gruch. Betrg. 56, 521 ff.

v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch, Leipzig 03.

Menges, Das besitzmittelnde Rechtsverhältnis im § 930 BGB., Diss. Marburg, 1932.

Müller-Erzbach, Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien. Jhrgs. Jhrb. 53, 331 ff.

derf., Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, II. 1929.

derf., Wohin führt die Interessenjurisprudenz? 1932.

Neudecker, Der abstrakte Vertrag, Arch. b. R. 22, 85 ff.

Nußbaum, Deutsches Hypothekenwesen, Tübingen, 1921.

Oberneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis, Gruch. Btr. 47, 306.

derf., Die Pfändung der Eigentümerhypothek, Gruch. Btr. 50, 551 ff.

derf., Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl.

Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, Leipzig, 1909.

derf., Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, Leipzig, 1931.

Philipp, Der Bordellverkauf, Bayr. Z. f. d. R. 05, 382 ff.

Planck, Kommentar zum BGB. Sachenrecht, 1933.

Predari, Die Grundbuchordnung, II. Aufl. 13.

Puntschart, Pfandrecht an eigener Sache, Festschrift für v. Amira, 1908, 105 ff.

Rabel, Grundzüge des röm. Privatrechts, Holtzendorff-Kohler's Enzyklopädie, I. 15.

Radbruch, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung, Arch. f. Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 22, 359 ff.

Reichel, Die Bordellhypothek, DJZ. 07, 110 ff.

Reichsgerichtsräte, Kommentar der ... III. Bd. Sachenrecht. 1928.

Rheinstein, Besprechung des Grundrisses des Sachenrechts von Ph. Heck, JW. 31, 2897.

Rümelin, Die Billigkeit im Recht, Tübingen, 1921.

derf., Erlebte Wandlungen, Tübingen, 1930.

derf., Die Gleichheit vor dem Gesetz, Tübingen, 28.

derf., Werturteile und Willensbildung im Zivilrecht.

Rumpf, Die Reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138 und 817 BGB., Arch. b. R. 117, 315 ff.

Salomon, Das Problem der Rechtsbegriffe, 1907.

Schaffstein, Formalismus im Strafrecht, DR., 34, S. 349.

Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs nach deutschem Reichsrecht.

Schmelzeisen, Das Recht im nationalsozialistischen Staat, Leipzig, 1934.

Schmidt, Karl, Die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens, Akad. f. d. R.

Schreiber, Schuld und Haftung als Begriff der privatrechtlichen Dogmatik, 1914.

Schreier, Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, Wien, 1927.

Schröder, Zur Lehre von der Eigentümerhypothek, ZBlfG. 7, 477 ff.

Schwinge, Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft. 1930.

Semmelmann, Beiträge zum praktischen Recht der Eigentümerhypothek, Bayreuth, 1906.

Sinzheimer, Die soziologische Methode, 1909.

Staffel, Die Stellung des Richters gegenüber dem Gesetz besonders im Hinblick auf die Freirechtsbewegung, Deutsche Richterzeitung, 1911, 724 ff.

Stampe, Rechtsfindung und Konstruktion, DJZ. 10, 417 ff.

v. Staudinger, Kommentar zum BGB., Sachenrecht. 9. Aufl.

Stein-Jonas, Die ZPO., II. 15. Aufl.

Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, Arch. ziv. Pr., Neue F. 13, Beil.

ders., Das Leben in der Justiz, Tübingen.

v. Thur, Abstrakte Schuldverträge, Festschrift für Schulze, I. 3 ff.

ders., Allgemeiner Teil des BGB. 1914.

ders., Eigentumserwerb aus unsittlichem Vertrag, Arch. ziv. Pr. 120, 1 ff.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. I. Sachenrecht, 3. Aufl.

Walsmann, Der Verzicht, Leipzig, 1912.

ders., Der Verzicht auf die Eigentümerhypothek, Arch. bürg. R. 39, 14.

Werneburg, Zur Eigentümerhypothek, Holdheims Monatsschrift, 1918, S. 106.

Werner, Die Bordellhypothek, Recht, 1909, 103.

Wieland, Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft. 1910.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten, 9. Aufl.

M. Wolff, Lehrbuch des Sachenrechts, 9. Bearb.

§ 1. Allgemeines über die Eigentümergrundschuld und die Interessenjurisprudenz.

I. Die Eigentümergrundschuld.

Zu allen Zeiten ist der Begriff des dinglichen Rechts an eigener Sache sehr umstritten gewesen. Das BGB hat sich für die Bejahung des Rechts an eigener Sache entschieden. Trotzdem sind noch heute die Konstruktion und das Gebiet der Zulassung streitig.

Die noch nie zur Ruhe gekommene Frage nach der rechtlichen Natur des Pfandrechts am eigenen Grundstück macht es erforderlich, daß wir kurz auf die einzelnen Pfandrechtstheorien und auf den Begriff des Eigentums etwas näher eingehen, weil sie die Grundlage für jede Betrachtung über die Eigentümergrundschuld darstellen.

Es gibt Pfandrechte, die ein zur Sicherung einer Forderung bestehendes Recht an einer Sache darstellen, bei denen es also stets auf den Bestand der Forderung ankommt, wie auch Pfandrechte, die von einer Forderung unabhängig sind. Die letzteren wurden vor allem durch das deutsche Recht ausgebildet.

Man pflegt die Pfandrechte jedoch nicht nach diesen Merkmalen einzuteilen. Sie werden je nach dem Gegenstand, an dem sie zur Entstehung gelangen sollen, als Pfandrechte an beweglichen Sachen, an Rechten oder an Grundstücken bezeichnet. Während das Gesetz durch die §§ 1204 und 1273 BGB das Pfandrecht an Rechten und an Fahrnis als streng akzessorisches, also jeweilig vom Bestand der Forderung abhängiges Recht ausgestattet hat, ist dies bei den Grundpfandrechten, zu denen die Hypothek, die Grund- und Rentenschuld gehören, nur bei der Hypothek der Fall (vergleiche § 1113 BGB).

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt die Grundpfandrechte durchgehend als Grundstücksbelastungen, dingliche Rechte, die die Möglichkeit der Sachverwertung gewähren. Der Inhaber eines solchen Rechts darf dem betreffenden Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung einen gewissen Geldbetrag entnehmen[1].

[1] S. dazu M. Wolff, S. R. § 131 I. Exner, S. 25; 51.

Es ist daher verständlich, daß Kohler[2] unter dem Pfandrecht ganz allgemein „ein Recht auf einen bestimmten, summenmäßigen Betrag, ein Wertrecht", versteht.

Gegen wen ist dieser Anspruch zu richten, und inwieweit haftet der Eigentümer der Pfandsache persönlich dem Gläubiger? In mancherlei Schattierungen wurde eine, dem Rechte des Grundpfandgläubigers entsprechende Leistungspflicht des jeweiligen Eigentümers des belasteten Grundstücks behauptet.

In Anlehnung an die Normen der §§ 1113, 1191 und 1199 BGB behaupten die Vertreter der „Theorie der Realobligation"[3], daß der Eigentümer des Grundstücks als solcher verpflichtet sei, den Geldbetrag, auf den die Belastung geht, aus dem Grundstück zu zahlen. Diese Anschauung entspricht nicht dem geltenden Recht, denn die natürlichen Früchte und sonstigen Gebrauchsvorteile, auf die sich das Grundpfandrecht erstrecken kann, bestehen nicht in Geld. Da es möglich ist, daß der Erlös aus diesen Früchten gar nicht ausreicht, um den Grundpfandgläubiger zu befriedigen, leistet der Eigentümer, der die fälligen Grundschuldzinsen zahlt, unter Umständen etwas, wozu er gar nicht verpflichtet war. Außerdem steht § 1147 BGB dieser Ansicht entgegen, wonach „aus dem Grundstück" zu zahlen ist, also unter Ausschaltung jeglicher Leistung des Eigentümers, in der Form der Zwangsvollstreckung unter Zuhilfenahme staatlicher Vollstreckungsorgane. Da der Eigentümer zu einer Leistung „aus dem Grundstück" gar nicht imstande ist, kann er dazu auch nicht verpflichtet sein[4]. Die Annahme eines persönlichen Schuldverhältnisses müßte dazu führen, auf die Schuld des Eigentümers die Sätze des Schuldrechts anzuwenden, sodaß z. B. nach den Normen über die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung (§ 273 BGB), der Eigentümer von seiner Leistungspflicht durch dauernde Entwertung des Grundstücks befreit, und damit das dingliche Recht ohne Löschung untergehen würde. Eine Folgerung, die dem Gesetz offen widerspricht[5].

Die Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung[6] versucht diese Widersprüche aus dem Wege zu räumen. Insbesondere Gierke[7] erblickt im Grundpfandrecht eine, durch das BGB nicht unmittelbar geregelte dingliche Schuld des Eigentümers. Hierbei sei zwischen der Schuld im Sinne des Leistensollens, und der

---

[2] Kohler, Arch. ziv. Pr. 91, 156—157.

[3] Ehrenberg, Göttinger Festgabe für Regelsberger, S. 29 ff. Crome, § 460; Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts, 1917, S. 87 ff. Für die Grundschuld auch Puntschart, Grundschuldbegriff, S. 110 ff.

[4] M. Wolff, S. R. § 131, II, 1.

[5] v. Gierke, S. 857, Anm. 23.

[6] O. Gierke, DPR. II, 853 ff.; Hübner, DPR. 383; S. Schultz, Ziv. A. 105, 240 ff.; auch KG i. Seuff. A. 67, 172.

[7] v. Gierke, Sachenrecht, § 158.

Haftung im Sinne des Einstehens für die Leistung, zu unterscheiden. Der jeweilige Eigentümer schulde den Geldbetrag, hafte dafür aber nur mit dem Grundstück. Auch diese Auffassung, die sich auf das Gesetz beruft (§ 952 Abs. 2 BGB), widerspricht dem Gesetzesinhalt. Wenn auch hin und wieder von Einreden, die der Hypothek entgegenstehen (§§ 1173, 1157, 1254 BGB) oder von Ansprüchen aus der Hypothek oder Grundschuld (§§ 592, Satz 2; 688, Abs. 1 Satz 2; 794 Nr. 5 ZPO) die Rede ist, so erklärt sich dieser Sprachgebrauch dadurch, daß nach § 1147 BGB die Befriedigung des Pfandgläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt. Der hierfür erforderliche Titel kann nur gegen den Eigentümer, nicht gegen das Grundstück erwirkt werden. Die Einreden des Eigentümers gegen diesen Titel sind nicht als Leistungsverweigerungsrecht, sondern als Recht, der Geltendmachung des Pfandrechts zu widersprechen, anzusehen.

Es ergibt sich mithin, daß das Grundpfand ein dingliches, auf einen bestimmten Geldbetrag gerichtetes Recht des Gläubigers ist, das im Wege der Zwangsvollstreckung realisiert wird (§ 1147 BGB). Der Pfandgläubiger hat sich grundsätzlich selbst aus dem Pfandgegenstand zu befriedigen. Wenn dies bei den Grundpfandrechten nicht der Fall ist, so kann hieraus nichts gegen den pfandrechtlichen Charakter dieser Belastungen geschlossen werden, denn § 1147 ist lediglich eine Formvorschrift, die gegen willkürliche Verschleuderung der Grundstücke eingefügt wurde. In Wirklichkeit hebt ja doch der Gläubiger selbst, auf dessen Wunsch die Versteigerung betrieben wird, unter Zuhilfenahme staatlicher Organe den ihm gebührenden Betrag aus dem Grundstück.

Wie gestaltet sich nun die Rechtslage, wenn Gläubiger und Eigentümer in einer Person zusammenfallen?

Es ist hier erforderlich, daß wir uns kurz mit dem Begriff des Eigentums auseinandersetzen.

§ 903 BGB bestimmt, daß der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. Damit ist keine Definition für das Sachenrecht gegeben[8]. Es ergibt sich nur, daß das Eigentum als Summe von Herrschaftsrechten an einer Sache anzusehen ist. Es ist nicht, wie Windscheid behauptet[9], „als solches schrankenlos". Trotz der Begrenzungen bestehen grundlegende Unterschiede zwischen dem Eigentum, dem „dinglichen Vollrechte"[10] und den übrigen beschränkt dinglichen Rechten. Die letzteren befugen nur zu einer teilweisen Beherrschung des Gegenstandes, während das Eigentum das umfassend-

[8] M. Wolff, S. R. § 51, IV.
[9] Pandekten § 167.
[10] Heck, S. R. § 19.

ste Herrschaftsrecht ist, das an einer Sache bestehen kann. Die dem Eigentum durch die Rechtsordnung auferlegten Einschränkungen sind keine Lasten, die von außen her das Eigentum einengen, sondern sie sind dem Eigentum immanent, sie gehören zur Bestimmung des Eigentumsinhalts[11]. Die Rücksicht auf das öffentliche Wohl schließt es aus, daß das Recht den Mitgliedern der Gemeinschaft die schrankenlose Herrschaft über gewisse Güter einräumt, da sonst der Zweck einer Rechtsordnung, jedem die Möglichkeit zu gewähren, an den Lebensgütern teilzunehmen, nicht erreicht werden kann. Das Eigentum enthält, wie fast alle subjektiven Rechte, die Verpflichtung zu sozialer und ordentlicher Rechtsausübung[12]. Schikanehandlungen des Eigentümers können gemäß § 226 BGB z. B. nicht mehr zum Inhalt des Eigentums gerechnet werden. Besondere Eigentumsbeschränkungen ergeben sich im Liegenschaftsrecht. Sie beruhen auf der engen Verbindung zwischen den einzelnen beherrschten Gegenständen. Die Legalservituten, das Nachbarrecht, der Ueberbau, die militärischen Beschränkungen der Benutzung gewisser Grundstücke, die gesetzlichen Veräußerungsverbote, Wohnungsordnungen und dergl. machen samt und sonders den Inhalt des Eigentums aus.

Nur im Rahmen dieser Beschränkungen ist das Eigentum als das denkbar umfassendste Herrschaftsrecht anzusehen, dessen Inhalt sich jeder positiven Beschreibung entzieht, während sich die Befugnisse, die den Inhalt anderer dinglicher Rechte bilden, durchweg näher schildern lassen.

Die wirtschaftliche Zweckbestimmung des Eigentümerpfandes ist uns klar. Das Aufrücken der nachstehenden Gläubiger soll verhindert, die Vorbereitung und Vereinfachung künftiger Verfügungen über das Grundstück soll erleichtert werden.

Nicht so einmütig ist man bei der Beurteilung der Rechtsnatur. Das Eigentümerpfandrecht habe einen unbelasteten Eigentumsinhalt. Es stehe daher im Gegensatz zu den beschränkt dinglichen Rechten, die dem Eigentümer gegenüber selbständig bestänben. Insbesondere Oberneck[13] definiert die Eigentümergrundschuld als: „ein Rechtsgebilde eigener Art, nämlich das nichterzwingbare Sonderrecht des Eigentümers am eigenen Grundstücke auf dem in Form einer Grundkreditbelastung ausgeschiedenen, der Höhe und dem Range nach bestimmten Teil seines Grundstückswertes und bei einem durch einen Dritten bewirkten Zwangsverfahren auf den entsprechenden Teil des Versteigerungserlöses oder Grundstücksertrages, das zwar selbst keine Hypothek-, Grund- oder Rentenschuld ist, aber beim Eintritt eines von dem Eigentümer verschiedenen Berechtigten, kraft Gesetzes zu einer solchen werden kann".

[11] M. Wolff, § 51, I.
[12] Dazu Gierke, I, 225; RGZ. 89, 121.
[13] Z. f. H. R. 60, 548; 71, 566.

Predari[14] sieht in der Eigentümergrundschuld das dingliche Recht auf Aneignung des im Verfahren der Zwangsvollstreckung ermittelten Wertes des haftenden Grundstücks in bestimmter Höhe. Auf den gleichen Gedankengängen beruht die Ansicht[15], daß das Eigentümerpfandrecht ein Recht des Eigentümers auf den von einer Belastung freigewordenen Wertteil seines Grundstücks sei. Eine Zwischenstellung nimmt hier Güthe[16] ein. Bei der Eigentümergrundschuld handele es sich um „Eigentum in Gebundenheit an eine bestimmte Rangstelle".

Diese Wertparzellentheorie führt zu dem, dem BGB fremden System der festen Pfandstellen[17]. Jeder der Gläubiger hat danach nicht das ganze Grundstück, sondern eine bestimmte Wertparzelle zum Pfandobjekt. Diese Wertparzelle soll später bei der Ablösung als leere Stelle zur Verfügung des Eigentümers bleiben. Wäre die Wertparzellentheorie und die mit ihr verwandten Ansichten richtig, so wäre z. B. die Bestimmung des § 1196 BGB völlig unverständlich, wonach die Bestellung einer Eigentümergrundschuld für den Eigentümer zugelassen wird. Diese Widersprüche treten auch bei § 1177 BGB auf. Die durch Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in der Person des Schuldners sich bildende Grundschuld wäre nie Grundschuld, sondern „unbelastetes Eigentum".

Auch Güthe kann nicht zugestimmt werden. Da nach seiner Meinung der Inhaber einer Eigentümergrundschuld das Eigentum solange nicht verliert, als er nicht verfügt, müßte z. B. die Verpfändung einer Eigentümergrundschuld den Charakter dieses Grundpfandrechts ändern, trotzdem Eigentum und Pfandrecht noch in derselben Person vereinigt sind.

Das Eigentümerpfandrecht habe einen anderen als im Eigentum bereits enthaltenen Inhalt[18]. Woher dieses „plus" kommt, bleibt leider ungeklärt. Da wir erkannt haben, daß das Eigentum das Recht zu größtmöglichster Sachherrschaft darstellt, ist die Erweiterung des Eigentumsinhalts für den Fall, daß ein Grundpfandrecht besteht, völlig ungerechtfertigt.

Die h. L.[19] meint, daß das Eigentümerpfand ein dem Fremdpfandrecht ähnliches, selbständiges, subjektives Recht sei. Dieser Ansicht stehen zahlreiche Gegner gegenüber[20], die gleichzeitig die Wert-

---

[14] Predari, GBO. 124.
[15] Bruck, a. a. O. 218.
[16] Güthe, D. Not. V. 6, 733; GBO. S. 1651.
[17] M. Wolff, S. R. § 147, I, 2.
[18] Hartmann, Recht an eigener Sache. Planck-Strecker, 2 zu § 889.
[19] Gierke, 166, II; v. Tuhr, Allgem. Teil, II, 81; M. Wolff, § 147, I, 3; Hirschfeld, S. 37.
[20] S. b. Puntschart, Festschrift, S. 130/131.

parzellentheorie bekämpfen. Jhering führt dazu aus, „daß bei vorübergehendem Mangel des Subjekts, sei es bei bereits gegenwärtigen oder bei zukünftigen Rechten, die passiven Wirkungen, welche das Recht bei seinem normalen Bestand auf die Außenwelt ausübt", ... „auch ohne gegenwärtiges, berechtigtes Subjekt fortdauern oder eintreten können". Ist der Grundeigentümer der einzige eingetragene Gläubiger, so entstehe kein wirkliches Recht, denn es sei dann keine Klage möglich, mithin das Zeichen für ein subjektives Recht nicht vorhanden [21].

Die h. L. begründet ihren Standpunkt unabhängig davon, ob in der Hypothek überhaupt Befugnisse enthalten seien, die sich nicht schon im Eigentum vorfänden. Die Verselbständigung gewisser Eigentumssplitter stehe mit dem Eigentumsbegriffe nicht im Widerspruch. „Der Wert der Verselbständigung liege darin, daß sich das abgesplitterte Stück des Eigentumsinhalts in ein bestimmtes Rangverhältnis zu anderen Grundstücksbelastungen und zu dem Volleigentum selbst bringe" [22].

Die dem Eigentümer zustehende Grundschuld kann kaum als „pfandrechtlich gefärbte Eigentumssphäre" [23] angesehen werden. Würde der Eigentümer nicht durch das begrenzte dingliche Recht beschränkt werden, so könnte ein solches neben ihm, als dem Jnhaber des allgemeinsten Herrschaftsrechts, überhaupt nicht entstehen. Um in der Zwangsversteigerung beachtet zu werden, muß der Eigentümer ein tatsächliches Recht besitzen, das ebenso stark wie die Fremdrechte ist, das diesen u. U. im Range vorgehen kann, also kurz gefaßt ein Pfandrecht. Die Vereinigung von Eigentum und Pfandrecht, die Jdentität zwischen Eigentümer und Gläubiger sowie die hierbei auftretenden gesetzlichen Hindernisse können uns nicht hemmen, in der Eigentümergrundschuld ein selbständiges Pfandrecht zu sehen. Zwar besteht hier die tatsächliche Unmöglichkeit, die dem Gläubiger gegen den Eigentümer zustehenden Ansprüche zur Geltung zu bringen. Es sind ihm sogar eine Anzahl dieser Ansprüche durch das Gesetz entzogen. Dies wurde jedoch nicht aus dogmatischen, sondern reinen Zweckmäßigkeitserwägungen vorgenommen. Trotz alledem gewährt das Gesetz dem Jnhaber des Eigentümerpfandes volle Freiheit bei der Zwangsvollstreckung, wo es wie jede Grundschuld ein Vorzugsrecht gewährt. Sie wird so behandelt, als stände sie nicht dem Eigentümer, sondern einem Dritten zu.

Heck [25], der von dem Zwecke des Eigentümerpfandrechts ausgeht, behauptet, daß das bürgerliche Recht dieses Gebilde als ein

[21] Jhering, a. a. O. 456—458; Hachenburg, Vorträge, 523/525; Horn, S. 43.
[22] M. Wolff, S. R. § 148, I, 3; § 51, II.
[23] Puntschart, a. a. O., 141.
[24] M. Wolff, S. R. § 147, II.
[25] Heck, S. R. § 83 u. 25.

neben dem Eigentum stehendes subjektives Recht bezeichne und behandle [26]. Trotz dieser Terminologie liege jedoch kein vollständiges Recht, sondern nur ein „Rechtstorso" vor, wie das „Recht an eigener Sache" überhaupt einen Torso darstelle, dessen Kern in der Verfügung über die Stelle bestehe [27]. Heck nimmt eine beachtenswerte Zwischenstellung zwischen Jhering und der herrschenden Lehre ein. Wenn ihm auch insofern Recht zu geben ist, daß der Eigentümergrundschuld ein großer Wert erst dadurch zuteil wird, daß ihr eine Verfügungsbefugnis über die Stelle innewohnt, so darf andererseits nicht vergessen werden, daß der Hauptwert doch bei der Zwangsversteigerung zutage tritt, wo sie ein echtes Pfandrecht in der Hand des Eigentümers ist.

Die historische Entwicklung des Rechts an eigener Sache führt überwiegend in das alte deutsche Recht zurück.

Römisch rechtlichen Ursprungs ist unsere heutige Anschauung, daß sich das Pfandrecht eines Gläubigers auf die ganze Sache erstrecke. War ein Grundstück mit Hypotheken belastet und wurde ein im Range vorstehendes Pfandrecht abgelöst, so rückten die Nachposten einfach auf. Ausnahmen hiervon wurden nur in den Fällen gemacht, in denen ein Aufrücken unbillig erschien, meist dann, wenn die Hypothek mit dem Eigentum in eine Hand zusammenfiel [28].

Das alte deutsche Recht kam auf Grund anderer Voraussetzungen zu völlig anderen Ergebnissen. Man stellte sich vor, daß ein Grundstück in Wertparzellen zerlegbar, und daß an jeder dieser Wertparzellen ein Sonderrecht möglich sei. So entstand das „System der festen Pfandstellen". Die einzelne Belastung erstreckte sich nur auf die betreffende Parzelle, ohne durch das Schicksal benachbarter Rechte beeinflußt zu werden.

Das BGB ist tatsächlich, nicht rechtlich, dem System der festen Pfandstelle angenähert, denn es hat seine hauptsächlichsten Bestimmungen über das Eigentümerpfand dem preußischen Recht entnommen. Darüber hinaus hat es den Weg, der durch jene Gesetzgebung beschritten war, weiter fortgesetzt. Das preußische Recht hatte zwar das deutschrechtliche Wertparzellenprinzip nicht angenommen. Die Belastung erstreckte sich auf die ganze Sache. Wurde jedoch eine Hypothek getilgt, so rückten die Nachmänner nicht, wie im antiken Recht, auf, sondern es wurde eine zur Verfügung des Eigentümers stehende Stelle geschaffen. Der Kreis der Tatbestände, bei denen diese Folge eintreten sollte, wurde mit der Zeit bedeutend erweitert, bis durch den Einfluß mecklenburgischen Rechts das preußische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. V. 1872 dem Eigentümer gestattete, von

---

[26] derf. a. a. O. S. 384.
[27] derf. a. a. O. S. 349/350.
[28] Rabel, a. a. O. S. 497.

vornherein auf seinem Namen eine Eigentümergrundschuld eintragen zu lassen. Das BGB läßt die Eigentümerhypothek in noch viel weiterem Umfange zu. Mit Recht sagte man sich, daß im Falle des Aufrückens die nachstehenden Gläubiger einen unverdienten, beim Abschluß des Geschäfts nicht mit in Betracht gezogenen Vorteil erlangen würden.

Damit hat das Gesetz das Prinzip der festen Pfandstelle dem wirtschaftlichen Erfolge nach nahezu erreicht.

Trotzdem das Gesetz eine ganze Anzahl von Entstehungsgründen für das Eigentümerpfand geschaffen hat und uns der wirtschaftliche Zweck dieses Instituts völlig klar ist, herrschen über eine Reihe von Entstehungstatbeständen noch immer große Zweifel.

II. Die Interessenjurisprudenz.

Diese Probleme können nun ganz verschieden, je nach Art unserer Einstellung gegenüber dem Gesetz und seiner Auslegung, beantwortet werden. Wir berühren damit eine im Brennpunkt der Interessen aller stehende Zeitfrage, deren Lösung grundlegend für das künftige Rechtsleben und die Rechtsentwicklung in unserem Volke ist. Es handelt sich um den immer heftiger werdenden Kampf gegen jene kalten, rein begriffsmäßigen und daher unpersönlichen, volksfremden Konstruktionen im Recht, gegen jenes Jonglieren mit Worten, das um des Prinzips einer übersteigerten Logik willen nur allzuoft zu unverständlichen, ja sogar ungerechten Entscheidungen geführt hat.

Der gewaltige Umbruch der Nation beschleunigt hier eine Wandlung, die durch das grundlegende Werk Rudolph von Ihering's: „Der Zweck im Recht", bereits eingeleitet war. Weil wir noch vielfach an einer Rechtsprechung kranken, die sich in der starren Anwendung lebensfremd gewordener formaler Rechtssätze erschöpft, wobei die inneren Beziehungen zu den Notwendigkeiten der Volksgemeinschaft verloren gehen, muß ein grundlegender Wandel eintreten, denn „Aufgabe des Rechtslebens ist nicht die Sicherung der Paragraphenordnung, sondern vor allen Dingen Sicherung des Volkslebens" [29].

Weite Kreise unseres Volkes stehen heute noch völlig im Bann des formallogischen Begriffsdenkens, das sich im 19. Jahrhundert zu besonderer Schärfe und Größe entwickelt hatte.

Die unter dem Einfluß der historischen Schule stehende Begriffsjurisprudenz weist der Rechtswissenschaft lediglich eine erkenntniskritische Aufgabe zu [30]. Da alle Rechtsnormen logische Konsequenzen aus den im Volksgeist gebildeten primären Rechtsbegriffen wa-

---

[29] Frank, i. D. R. 1934, S. 425 ff.
[30] Stoll, Arch. ziv. Pr. N. Flg. 13.

ren, galt es als etwas Anormales, wenn ein Rechtssatz nicht als Folgerung aus einem allgemeinen Rechtsbegriff dargestellt werden konnte. Hauptaufgabe der Rechtswissenschaft wurde demgemäß die Untersuchung und nähere Bestimmung der allgemeinen juristischen Vorstellungen in Vergangenheit und Gegenwart. Die vorhandenen Gegensätze wurden dabei als Erklärungsmittel für die Vorstellungen verwertet, ohne daß überhaupt geprüft wurde, wie groß der kausale Einfluß der Vorstellungen auf die Rechtsbildung im Verhältnis der Wirkung der Lebensbedürfnisse wirklich war und ist.

Besonders verhängnisvoll wirkte es sich aus, wenn bei der praktischen Anwendung des Rechts nicht unmittelbar geregelte Fragen auftauchten. Aus den feststehenden Rechtssätzen wurde versucht, die vermeintlich grundlegende juristische Vorstellung zu ermitteln, um aus dieser heraus im Wege der logischen Konstruktion die Norm zu ergänzen.

Seit Rudolph von Jhering bahnt sich hier eine grundlegende Umgestaltung an. Es ist freudig zu begrüßen, daß die Erkenntnis, das wertende Rechtsempfinden könne sich nicht hinter einer streng logischen Ableitung verstecken, um dadurch den letzten Schein der logischen Geschlossenheit des Rechts zu retten, endlich elementar durchgebrochen ist und in den Gesetzen unserer Zeit ihren Niederschlag gefunden hat. Es sei auf die Präambel zur neuen Reichs-Straßenverkehrsordnung[31] hingewiesen, in der es u. a. heißt: „So will sie" — die Verkehrsordnung — „regeln, ohne durch unübersehbare und doch für die Vielfältigkeit des Lebens niemals ausreichende Einzelvorschriften . . . . zu hemmen und einzuengen". Jeder am Verkehr irgendwie Beteiligte müsse sich von dem Geist dieser Ordnung leiten lassen, „um so der Verantwortung gegenüber der Verkehrsgemeinschaft gerecht zu werden."

Der Gesetzgeber, den wir uns durchaus nicht als ein über der Wirklichkeit schwebendes Gebilde vorzustellen haben, erkennt hier klar, daß die Unzahl der verschiedenartig gelegenen Fälle des täglichen Lebens eine gleiche Anzahl ebenso verschiedener Bedürfnisse hervorruft, deren kasuistische Regelung ein Ding der Unmöglichkeit ist. Sowohl die zwischen den einzelnen Mitgliedern der am Verkehr Beteiligten, als auch die zwischen den einzelnen und der Verkehrsgemeinschaft auftretenden Bedürfnisse, sind daher bewußt lückenhaft geregelt. Die Ergänzung dieser Lücken hat je nach dem Einzelfall unter Berücksichtigung der dabei auftretenden Bedürfnisse zu erfolgen.

Von vielen Seiten ist der Vorwurf erhoben worden, daß der hier angebahnte Kampf gegen den Formalismus im Recht zur Lockerung der Gebundenheit des Richters an das Gesetz und zur Leugnung jeder Form führen würde.

[31] R.Ges.Bl. 1934, I, S. 457.

Es ist selbstverständlich, daß dies nie Ziel des Kampfes sein kann und darf[32], denn wie wir weiter unten noch sehen werden, weist jedes Recht irgend welche formalen Züge auf, über die es kein Hinwegsehen gibt. Wer diese Forderung aufstellt, — wie z. B. die Freirechtsschule — der befreit den Richter von jeder irgendwie formalen Bindung an das Gesetz und verweist ihn damit auf den Weg der „materiellen Gerechtigkeit", was zu einem Rechtsnihilismus führen muß.

Die seit Jhering immer mehr Boden gewinnende „Interessenjurisprudenz" ist nicht nur eine Gesetzesauslegungs-, sondern darüber hinaus eine „Gesetzesanwendungsmethode". Es sei schon kurz darauf hingewiesen, daß bereits aus ihrem Namen hervorgeht, daß zur Grundlage jeder Rechtsdisposition das „Gesetz" gemacht wird.

Der leitende Grundsatz unserer Betrachtung, wir können ihn nicht genügend betonen, da er leider so oft übersehen, ja sogar totgeschwiegen wurde, ist, daß das Endziel jeder Rechtsanwendungsbeziehungsweise Auslegungsmethode nicht die Befriedigung des Erkenntnistriebs sein darf. Das Gebot der Gerechtigkeit verlangt, daß ein Recht gewonnen wird, wie es das Leben fordert und wie es am bedeutsamsten im Richterspruch verwirklicht wird, durch den das Gesetz erst autoritative Macht erlangt.

Dieser Grundsatz beherrscht die „Interessenjurisprudenz", die von ihrem namhaftesten Vertreter, Philipp Heck, in Anknüpfung an die Gedanken Rudolph von Jhering's, fundamental erfaßt und systematisch weitergebildet wurde.

Es ist selbstverständlich, daß sich der hervorgehobene Gegensatz der Meinungen nicht nur auf das Gebiet des Privatrechts, sondern auf das gesamte Rechtsleben unseres Volkes erstreckt. Da der methodische Gegensatz zuerst auf dem Gebiete des Privatrechts[33] hervorgetreten ist, und unsere Betrachtung sich auf Probleme bezieht, die im Privatrecht auftauchen, ist es angebracht, die Erörterung in sachlicher Hinsicht auf die zivilistische Methodenlehre zu beschränken.

Die Interessenjurisprudenz bezieht sich auf die praktische Rechtswissenschaft[34] und richtet dabei ihre Angriffe nach zwei Fronten. Ausgangspunkt und Hauptinhalt der Polemik bildet die Bekämpfung der „technischen Begriffsjurisprudenz"[35], also die Ablehnung der Gewinnung neuer Normen aus Ordnungsbegriffen, kurz gesagt der Kampf gegen die lückenergänzende Konstruktion im Recht. Der zweite Angriff ist gegen die Freirechtsschule gerichtet, die vielfach, sei

---

[32] S. dazu Schaffstein, i. DR. 1934, S. 349.

[33] Vgl. die eingehenden Erörterungen bei Rümelin: „Erlebte Wandlungen", S. 14.

[34] Vgl. dazu Heck, Probleme, S. 25 ff.

[35] Heck, Interessenjurisprudenz 1932, S. 9.

es aus Unkenntnis, sei es böswillig, ohne jede nähere Erörterung fälschlicherweise mit der Interessenjurisprudenz identifiziert wird. Der Gegensatz zur Freirechtsschule beruht auf der grundverschiedenen Einstellung gegenüber der historischen Gesetzesauslegung, die von der Lehre der Interessenjurisprudenz, zur Erreichung einer teleologischen Gesetzesauslegung in großem Umfange herangezogen wird.

Die Vertreter der historischen Schule stellten dem Gesetzesinterpreten die Ermittlung derjenigen Gedanken zur Aufgabe, die in den Worten des Gesetzes zum Ausdruck kommen sollten. Dieser Forschung nach dem „historisch wirklichen Willen" des Gesetzgebers trat die heute noch vertretene Meinung von der „objektiven Deutung des Gesetzes" gegenüber, der es auf die Ermittlung des objektiven Sinnes des Gesetzes ankommt.

Heck sagt zusammenfassend hierzu, indem er mit Recht die Lehre vom „objektiven, unpersönlichen Sinn des Gesetzes" mit ihren Begründungen und in allen Varianten ablehnt, „daß die den Lebensinteressen am besten entsprechende Form der Gesetzesauslegung die historische Interessenforschung sei.

Dieses, im einzelnen noch eingehend zu begründende Ergebnis, resultiert aus der ewig wahren Erkenntnis, daß jede rechtsprechende Tätigkeit die Befriedigung der Lebensbedürfnisse zum Endziel haben muß, die innerhalb der Rechtsgemeinschaft als „Begehrungen" oder als „Begehrungstendenzen" vorhanden sind. Klipp und klar ergibt sich daraus, daß nicht das Gesetz das Leben, sondern das Leben das Gesetz beeinflußt und zu beeinflussen hat.

Mit Hilfe der historischen Auslegung, die natürlich keine rein subjektive sein soll, werden die menschlichen Vorstellungen ermittelt, die beim Vorgange der Gesetzgebung besonders hervorgetreten sind. Darüber hinaus sind aber auch die „kausalen Interessen" zu berücksichtigen, mit deren Hilfe wir erst zu einem durch richterliche Fortbildung gewonnenen Recht zu gelangen vermögen.

Solche Gesetzesergänzungen sind nötig, da jedes Gesetz mehr oder weniger Lücken aufweist, deren Ausfüllung nicht nach Art der Inversionsmethode im Wege von konstruierten Oberbegriffen, sondern durch richterliche Rechtsschöpfung auf Grund von Interessenabwägungen vorzunehmen ist.

Diese „Interessenjurisprudenz i. e. S." ist eine wenn auch schon ältere Form der teleologischen Jurisprudenz. Gegenüber der Freirechtslehre und anderen neueren Anschauungen unterscheidet sie sich dergestalt, daß sie den Interessenbegriff und die mit ihm zusammenhängenden Vorstellungsreihen: Interessenabwägung, Interessenlage, Interessengehalt und andere, wie z. B. Anlehnungsdogma sowie Zweckgemeinschaft als methodische Hilfsbegriffe verwendet.

Der Interessenbegriff hängt mit den Begriffen „Willensentscheidungen" und „Werturteil" eng zusammen.

In der Zeit des Idealismus, insbesondere von Kant und Hegel, wurde die Ansicht vertreten, daß der Wille im Recht eine entscheidende Rolle zu spielen habe. Es ist bekannt, daß Hegel das Recht als „den allgemeinen Willen" definierte, worunter er den „vernünftigen Willen" verstanden haben wollte. Diese Auffassung hat sich im Wandel der Zeiten natürlich geändert.

Was bedeutet uns heute der Willens- und Wertakt?

Ausgangspunkt unserer Betrachtung ist die wohl unbestreitbare Behauptung, daß man nur dasjenige „wollen" kann, von dem man eine Vorstellung hat. Erst auf Grund dieser Vorstellung kann sich der Wille formen und erst dann zur Entstehung gelangen, wenn zu dieser Vorstellung etwas hinzutritt, das auf ihre Verwirklichung gerichtet ist. So wird aus der Begehrensdisposition ein Willensakt, der wiederum Ursprung zu neuem Handeln in sich birgt [36].

Beim Wertakt verhält es sich genau so. Auch er setzt sich aus zwei Bestandteilen zusammen, aus der Vorstellung und aus dem konkreten Wert, denn jedem „Werten" dient ja ein Sachverhaltsbewußtsein als Unterlage.

Aus dieser Erkenntnis läßt sich nun folgerichtig schließen, daß jedes Werturteil — Wertakt — und auch jede Willensentscheidung aus dem Stoffe der Vorstellung nachgebildet werden kann.

Alle Behauptungen und Erläuterungen der Interessenjurisprudenz über den „Willen des Gesetzgebers" und über die „Werturteile des Gesetzes" wollen für jeden einzelnen Fall in diesem Sinne verstanden werden.

Aus diesen Elementen wird gleichzeitig auf den „Zweck des Gesetzes" geschlossen, den wir uns als äußeren Tatbestand einer Bedürfnisbefriedigung vorzustellen haben. Das Bedürfnis ist die unbedingte Voraussetzung für das Vorhandensein eines Zwecks. Wäre dies nicht der Fall, dann wäre eines der obigen Elemente nicht für einen „Zweck" geschaffen, mithin „zwecklos". Beim Zweckbegriff sind mithin jeweils drei Elemente zu prüfen: Die Willensgrundlage, das Bedürfnis und die den Zweck leitende Zielvorstellung.

Damit haben wir die Voraussetzungen für die Lösung der Kernfrage, was unter „Interesse" zu verstehen ist, geschaffen.

Zweck und Interesse, in der modernen Bewegung der Rechtswissenschaft von größter Bedeutung, sind unmittelbar verwandte Begriffe. Sie weichen aber in vielen Punkten so stark voneinander ab, daß es unmöglich ist, sie untereinander auszuwechseln.

Eine kurze Gegenüberstellung einiger besonders geeigneter Beispiele läßt dies klar erkennen.

Schon der einfache Sprachgebrauch ergibt, daß sich Zweck und Interesse in gleichem Verhältnis wie Spezielles zu Generellem ge-

[36] Siehe dazu Schreier, a. a. O. S. 10 ff.

genüberstehen. So heißt es z. B.: „einen Zweck verfolgen“ und „ein Interesse an einer Sache haben“. Sagt man „Zweck“, so stellt sich sogleich die Vorstellung eigener, unmittelbar zum Erfolg führender Tätigkeit ein, während sich das Interesse ganz allgemein auf das durch eine Sachlage „Tangiertsein“ zu beziehen pflegt.

Einen anderen Unterschied hat bereits Jhering gemacht, der von der „Verknüpfung des eigenen Zwecks mit fremdem Interesse“ spricht [37]. Rein gefühlsmäßig wird hier der Unterschied erfaßt, da man mit dem Worte „Zweck“ die Vorstellung eines Vorganges verbindet, während beim „Interesse“ die Vorstellung von einem Zustande, von etwas Bleibendem auftaucht [38]. Auch rein äußerliche Beziehungen, die die Befriedigung eines Bedürfnisses gewähren, müssen Interessen genannt werden [39].

Bestimmte Beziehungen werden als „wohlverstandenes Interesse“ bezeichnet.

Ist ein Mensch in eine bestimmte Lage gestellt und in dieser an bestimmte Voraussetzungen gebunden, aus denen sich zwangsläufig für ihn gewisse Bedürfnisse ergeben, so bestehen für ihn eine Anzahl Möglichkeiten, diese zu befriedigen. Er kann das eine oder das andere „wollen“ und in die Tat umsetzen. Damit ist nicht gesagt, daß er die ihm zur Verfügung stehenden Objekte richtig benutzt. Solange er das aber nicht tut, solange sein „Wollen“ nicht richtig, er nicht vernünftig, in eigenem, wohlverstandenen Interesse handelt, solange gehen in diesem Fall Zweck und Interesse auseinander.

Diese ganz kurze und bei weitem nicht vollständige Aufzählung der verschiedenen Auffassungs- und Auslegungsmöglichkeiten des Begriffs „Interesse“ weist auf gewisse Schwierigkeiten hin, mit denen der Gesetzgeber, wie auch der Richter bei der Anwendung der Interessenjurisprudenz scheinbar zu kämpfen haben.

Ein mit der Lehre nicht eingehend Vertrauter könnte ohne weiteres den Einwand erheben, daß es ja in keinem Falle feststehe, um welche Spielart des Begriffs Interesse es sich nun eigentlich jeweilig handeln soll. Nicht einmal die Anhänger der Interessenjurisprudenz seien in diesem Punkte einig. Während einerseits im Einzelfall geprüft werden solle, „um welche Nuance“ des Begriffs es sich handele [40], solle andererseits der Begriff Interesse, verstanden im weitesten Sinne als jede „kulturelle Begehrensdisposition“ zugrunde gelegt werden [41].

---

[37] Jhering, Der Zweck im Recht, S. 46.
[38] Schreiber, a. a. O. S. 23, dem hier beizupflichten ist.
[39] Definition von Mauczka, a. a. O. S. 24.
[40] So Schreier, a. a. O. S. 24.
[41] So Heck, in: Rechtsgewinnung, S. 27 ff.; a. A. Hegeler, Z. St. W. 36/20, Nr. 4.

Gerade dieser nicht berechtigte Vorwurf gibt Gelegenheit, die Zweckmäßigkeit und Lebendigkeit der Interessenjurisprudenz darzulegen. Um eben die „Nuance" des Interessenbegriffes zu erlangen, um dadurch restlos allen Forderungen des praktischen Lebens gerecht werden zu können, müssen wir das Wort „Interesse" für jede kulturelle Begehrungsdisposition gebrauchen, ohne daß wir dabei auf die besondere Art des begehrten Objekts irgendwelche Rücksicht nehmen.

Dieser nicht eng umgrenzte Anhaltspunkt für die Auslegung des Interessenbegriffs gestattet nicht, den speziellen Zweck der einzelnen Rechtssätze zu erfassen. Um die Vorstellungswelt des Gesetzgebers und damit die von ihm angeschauten Interessenlagen zu erkennen, hat die Interessenjurisprudenz das grundsätzliche Bestreben, die Gebotsvorstellungen, die das Recht bilden, auf das Ineinandergreifen jener Begehrungsdispositionen zurückzuführen und die Gesetzeslücken unter Berücksichtigung aller in Frage kommenden Interessen zu schließen.

Hierbei stoßen wir auf zwei große, sich gegenüberstehende Interessengruppen. Zunächst treten die ideellen Interessen auf. Wir haben sie uns als Umwertung der allgemeinen, abstrakten Zweckideen vorzustellen[42]. Zu ihnen gehören z. B. die vom Gesetzgeber bei der Normbildung bevorzugt mitverwerteten Billigkeits-, Rechtssicherheits-, Sittlichkeits- und Verkehrsinteressen. Auf der anderen Seite sind die Unzahl der materiellen Interessen zu berücksichtigen, die durch die mannigfaltige Gestaltung der Lebensbeziehungen hervorgerufen und sich z. T. unter dem Sammelbegriff „Wirtschaftsinteressen" zusammenfassen lassen.

Wie soll der Richter nun diese einzelnen Interessen werten? Wir werden sehen, daß die wirtschaftlichen Interessen aller Beteiligten kollidieren können. Auch innerhalb der ideellen Interessen können oft Konflikte entstehen, wo der gleiche Fall nach dem Verkehrsinteresse im Sinne „a", nach dem Sittlichkeitsinteresse jedoch im Sinne „b" zu entscheiden ist.

Da die einzelnen Interessen in keinem Falle gleichwertig sind, wird eine Interessenabwägung erforderlich.

Das große und entscheidende Problem ist hierbei nur die Frage des „Wie".

Wir müssen offen gestehen, daß hierauf eine eindeutige und klare Antwort noch nicht gegeben worden ist, und wie es sich aus dem Wesen der Interessenjurisprudenz ergibt, auch nie gegeben werden kann.

Es ist zwar von den verschiedensten Seiten der Versuch einer Einteilung gemacht worden. So wird behauptet, daß „höhere Inter-

---

[42] Stoll, a. a. O. S. 67.

essen minderwertigen zu weichen haben“ [43]. Diese recht abstrakte Formulierung gibt leider keinen Aufschluß darüber, was nun eigentlich höhere Interessen sind. Es soll wahrscheinlich dem Einzelfall überlassen bleiben, die jeweilige Interessenlage frei zu gestalten.

Schreier [44] bringt zwei große Interessengruppen in Vorschlag. Den rechtmäßigen Interessen stehen die rechtlich nicht geschützten Interessen gegenüber. Letztere teilt er wiederum in schutzunwürdige und unrechtmäßige ein.

Auch diese Lösung kann uns nicht befriedigen, denn die in einem Falle rechtlich nicht geschützten Interessen können in einem anderen Falle vollen Rechtsschutz genießen.

Diese Einteilung sagt z. B. auch nichts über den Wert der schutzwürdigen Interessen untereinander, sodaß hier nach wie vor dieselben Lücken klaffen. Es leuchtet aber ein, daß eine Entscheidung aus Interessenabwägung nicht jeweils nur im Einzelfall erfolgen kann. Sie muß, dies ist ein unabdingbares Postulat der Gerechtigkeit, aus allgemeinen Prinzipien hergeleitet werden können, um ihre Begründung zu erhalten.

Solche allgemeinen Prinzipien sind nun durchaus möglich, wenn auch nicht in der von Rümelin [45] vorgestellten Art, der dazu ausführt:

„Es müßten dann nicht bloß die Werte, die in Betracht kommen, resp. die den Werturteilen in letzter Instanz zugrunde liegenden Lust- und Unlustgefühle genau meßbar sein; es müßte auch eine Vergleichbarkeit und eine Rangordnung der verschiedenen u. U. kollidierenden Werte gegeben sein. Daß im Ernst nicht daran zu denken ist, diese Voraussetzungen zu erfüllen, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung; ist es doch schon bestritten, ob auch nur die einfachsten unserer Empfindungen meßbar sind“.

Es ist selbstverständlich, daß dieser Mangel vom Gesetzgeber so nie geheilt werden kann, denn es ist unmöglich, eine Rangordnung der Interessen, wie sie eine einzelne Rechtsordnung erfordert, nachzubilden, zumal die kasuistische Regelung aller rechtlichen Lebensbeziehungen undenkbar ist. Die Aufstellung eines solchen Systems würde gegen die Prinzipien der Interessenjurisprudenz gerichtet sein, da ja dann durch starre Normen ein Abwägen in Grenzfällen unmöglich gemacht werden würde.

Von einer völligen Verkennung der Interessenjurisprudenz zeugt die Behauptung, daß nur noch die einzige Möglichkeit überbleibe, nämlich zu ganz allgemeinen, lockeren und schwammigen Vorschrif-

---

[43] Mauckas, a. a. O. S. 40 ff.
[44] Schreier, a. a. O. S. 31 ff.
[45] Rümelin, Werturteile und Willensbildung im Zivilrecht, S. 22.

ten zu greifen, um den erforderlichen Spielraum zu schaffen. In solchem Falle könne nicht mehr von „Gesetz" gesprochen werden, denn von der abstrakten Regelung genereller Tatbestände bliebe nichts mehr übrig. Allenfalls handele es sich hierbei nur noch um Auslegungsregeln für Rechtsbeziehungen, oder besser gesagt Lebensbeziehungen, wobei es nur noch auf die Fähigkeit des Richterstandes ankomme, den Einzelfall wertend mitzuerleben.

Hieraus wird nun gleich weiter gefolgert, daß die Bindung des Richters an feste Gebote gelockert und ihm ein möglichst weiter Spielraum zu gewähren sei, in dem er die geforderte Interessenabwägung nach seiner persönlichen Ueberzeugung betätigen könne. Man versteigt sich sogar zu der Behauptung, hierin eine starke Berührung mit dem Kadisystem zu sehen [46]. Der Richter urteile, ähnlich wie der Verwaltungsbeamte, nach freiem, durchaus pflichtgemäßem Ermessen, er bleibe dabei jedoch immer „subjektiven Erwägungen" unterworfen.

Diese so oft laut werdenden Angriffe gegen die Interessenjurisprudenz gehen sämtlich fehl, da sie gegen Auswüchse gerichtet sind, die von der Interessenjurisprudenz selbst heftig bekämpft werden. Auch die Interessenjurisprudenz steht auf dem Standpunkt, daß die Auslegung des Rechts und die Ergänzung von Gesetzeslücken durch freies Ermessen des Richters große Gefahren in sich birgt.

Die unabwendbare Gefahr der Rechtszersplitterung, des Nihilismus, die in einem den Richter ohne jede Bindung an das Gesetz auf den Weg der materiellen Gerechtigkeit verweisenden Verfahren liegt, spricht zur Genüge dafür.

Ohne den Richter zu einem Automaten der Gesetzesanwendung zu machen, und ohne Ueberbewertung des Rechtssicherheitsgedankens, erfordert die Interessenjurisprudenz notwendigerweise ein „Gesetz", an das jeder Richter gebunden ist. Nicht die eigenen Werturteile und Wertideen des einzelnen sind der Maßstab bei der Interessenabwägung, sondern die dem Gesetze innewohnenden, sich aus ihm ergebenden Werte sind alleinige Richtschnur für das Handeln des Richters.

Hier ruht der grundlegende Unterschied zur Freirechtslehre. Hiermit fallen auch alle diesbezüglichen Vorwürfe in sich zusammen, denn Abwägung und Werturteil ergeben sich aus dem Vergleich des entscheidungsbedürftigen Interessenkonflikts mit dem autoritativ, durch das Gesetz bereits entschiedenen.

Das Gesetz gibt als Generalnorm die Richtlinien, den Zweck an. Die Untersuchung des Gesetzeszwecks kennzeichnet durch Heraushebung jener einzelnen Elemente, deren Zusammenwirken die Zweckvorstellung des Gesetzgebers und die Wahl seiner Mittel bewirkt haben, die Erkenntnismöglichkeit, inwieweit der konkrete Fall von

[46] Menges, a. a. O., Schlußwort.

den dem Gesetze zugrunde liegenden und in ihm zur Abwägung gelangten Begehrungsdispositionen abweicht.

Stimmt der konkrete Fall mit den gesetzlich angeschauten Tatbeständen überein, so genügt die einfache Subsumtion. Im anderen Falle liegt eine Gesetzeslücke vor, die wir ausfüllen müssen. Bei einfachen Sachverhalten geschieht dies durch Analogie.

Wir kommen mithin im Gegensatz zu der von Rümelin[47] und einigen anderen geäußerten Ansicht ohne eine Skala der Interessenwerte aus. Wo das Gesetz keine unmittelbare Auskunft erteilt, führt uns der sich aus dem Zweck des Gesetzes ergebende Hinweis zu einem eindeutigen und gerechten Ziel.

Das Gesetz ist teils notgedrungen, teils bewußt lückenhaft. In allen Fällen ist ein Ergänzungsbedürfnis dann gegeben, wenn ohne die Ergänzung das in der Gemeinschaft herrschende Richtigkeitsempfinden unter Berücksichtigung von Rechtssicherheits- und Stetigkeitsinteressen gröblich verletzt werden würde. Dabei ist nicht erforderlich, daß dieses Bedürfnis von vornherein bestanden hat. Tatsachen ganz verschiedener Ursachennatur, Tatsachenwandlung, Aenderungen in der Wertung gewisser Dinge und dergleichen, die sich allmählich und kaum merklich, jedoch dauernd vollziehen, können das Bedürfnis plötzlich in einem konkreten Fall hervorrufen.

Jede Rechtsprechung muß diesem Ergänzungsbedürfnis Abhilfe verschaffen, was jedoch nur dann geschehen kann, wenn wir die Ergänzungsfähigkeit bejahen. Voraussetzung für die Lückenergänzung ist mithin das Fehlen einer abschließenden Regelung, wie sie im Interesse der Lebensbedürfnisse getroffen sein sollte. Es gibt Fälle, auch wir werden ihnen wiederholt begegnen, wo der Gesetzgeber bei Erlaß des Gesetzes nachweislich an Tatbestände oder Folgen gedacht hat, die mit dem Zweck des Gesetzes nicht vereinbar waren. Ohne dies besonders zum Ausdruck zu bringen, wurde vielfach die engere Gesetzesfassung gewählt, um den Rechtsschutz, teils überhaupt, teils grundsätzlich zu versagen. Die Abwägung der in diesen Fällen gegenüberstehenden materiellen und ideellen Interessen wird unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks stets zu einem mit dem Gesetz völlig im Einklang stehenden Ergebnis führen.

Daneben kommen „gewollte" und „ungewollte" Lücken vor, deren Ergänzung sich nie als „Rechtsschöpfung", sondern immer nur als „Rechtsfindung" darstellt. Von den „gewollten Lücken", die unser Gesetz in kaum übersehbarer Fülle enthält, greifen wir als wichtigstes Beispiel die „guten Sitten" heraus.

Bezüglich dieser „gewollten" Lücken hat das Reichsgericht in einer Unmenge von Entscheidungen Interessenabwägungen angestellt und untersucht, ob der Wortlaut des Gesetzes mit dem Gesetzeszweck

[47] Rümelin, Werturteile und Willensbildung im Zivilrecht, S. 22.

in Einklang zu bringen sei. Bei der Ausfüllung der „ungewollten Lücken" ist ein Abweichen vom begriffs-logischen Denken leider noch nicht in dem gewünschten Umfange feststellbar, wenn auch hier und dort Ansätze gegeben sind. Verfrüht ist es, schon heute zu behaupten [48], daß auf Grund der höchstrichterlichen Rechtsprechung die beste Gewähr dafür bestände, daß die Interessenjurisprudenz zur segensreichen Macht erstarken werde, denn das Reichsgericht habe schon jetzt, nach wenigen Jahrzehnten seiner Tätigkeit, zielbewußt und entschlußkräftig die Führung mitübernommen.

Gerade aus der später darzulegenden Rechtsprechung zu den Problemen des Eigentümerpfandes werden wir sehen, wie das Reichsgericht sich noch in alten und herkömmlichen Bahnen bewegt.

Immerhin ist es als Erfolg anzusehen, wenn der Vorderrichter angewiesen wird, „vor der juristischen Konstruktion die Wirklichkeiten des Lebens und die Macht der Tatsachen zu berücksichtigen" [49] und „in seiner Rechtsprechung den unabweislichen Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden und sich in dieser Beziehung von den Erfahrungen des Lebens leiten zu lassen" [50].

In einer anderen Entscheidung heißt es, „daß bei der Rechtsfindung auf diesem Gebiete in erster Linie die wirtschaftlichen Interessen berücksichtigt werden müssen, und das Recht muß ihnen, soweit es nur irgend möglich ist, elastisch angepaßt werden. Nur so kann die Rechtsprechung ihrer wahren Aufgabe, dem praktischen Leben, also den Lebensbedürfnissen und Lebensanforderungen zu dienen, gerecht werden" [51].

Die Ausfüllung ungewollter Gesetzeslücken vollzieht sich im Gegensatz dazu überwiegend nach der begriffs-logischen Konstruktion. Dies ist zum großen Teil dem fast krankhaft übertriebenen Bedürfnis nach Rechtssicherheit zuzuschreiben, einem wahrhaft liberalistischen Ueberbleibsel. Es ist überhaupt nicht einzusehen, weshalb sich in jedem Falle das Streben nach Gerechtigkeit der Rechtssicherheit beugen soll, denn Sinn jeder Rechtsprechung ist doch wohl, dem im Recht befindlichen zu seinem Recht zu verhelfen und ihn nicht wegen formalistischer, häufig vom Gesetz gar nicht in dieser Weise gewollter Bedenken, abschlägig zu bescheiden. Als Leitgedanke jeder Rechtsfindung hat unantastbar zu gelten, daß nicht der Begriff das Leben, sondern das Leben den Begriff bestimmen soll, denn alle Rechtssätze sind der Niederschlag des gesunden Menschenverstandes eines Volkes auf dem Gebiet des Rechts.

---

[48] Müller-Erzbach, a. a. O. S. 161 ff.
[49] RGZ 99/234.
[50] RGZ 100/132.
[51] RGZ 102/274.

III. Das Anlehnungsdogma und die Zweckgemeinschaft.

Wenn nun die h. L. und insbes. das Reichsgericht in den die Probleme der Eigentümerhypothek betreffenden Fragen z. T. noch stark von der Einstellung abweicht, die einem gesunden Rechtsempfinden entsprechen würde, so liegt dies nicht allein an der begriffslogischen Lückenausfüllung, sondern auch an der Konstruktion der akzessorischen Natur des Pfandrechts.

Zu dieser Frage wollen wir kurz Stellung nehmen.

Es läßt sich schon aus den Normen des Liegenschaftsrechts, insbesondere bei der Unterscheidung zwischen der Hypothek, dem notgedrungen „forderungsbekleideten" und der Grundschuld, bezw. Eigentümergrundschuld, dem „alleinstehenden" Grundpfandrecht erkennen, welche große Bedeutung das Gesetz der Lehre von der Akzessorität beilegt.

Heck[52] ist der Meinung, daß die heute noch herrschende, zum Teil auch im Gesetz zum Ausdruck gekommene Vorstellung eines begrifflich abhängigen Pfandrechts den Forderungen des Lebens nicht entspräche. Bei der ausgezeichneten Begründung dieser Ansicht[53] geht er davon aus, daß die herrschende Lehre rein konstruktiv die „kausalen Strukturvorstellungen", die „juristische Natur" des Pfandrechts ermittelt, und in der Ueberzeugung, daß dies „Recht" sei, neue bindende Normen daraus abgeleitet habe. Treffend wird hierzu auf die Lehre von der allgemeinen Natur des römischen Pfandrechts verwiesen[54], die ein typisches Beispiel für die Lebensfremdheit der Begriffsjurisprudenz ist, da sie übersieht, daß alle Rechtsnormen auf Lebensinteressen beruhen und im einzelnen die Interessenkonflikte entscheidend sind. Heck behauptet ferner, daß auch aus rein dogmatischen Gründen die Auffassung, daß das Pfandrecht eine Sicherung der Personalforderung darstelle, nicht haltbar sei. Wenn dabei weitgehend eine Schicksalsgemeinschaft zwischen Personal- und Realforderung festzustellen sei, so ergäbe doch die Erforschung des von den Parteien bei der Pfandbestellung verfolgten Zweckes, daß z. B. die Rückzahlung eines Darlehns doppelt gesichert werden solle.

Zunächst werde die mit der Hingabe des Darlehns durch den Gläubiger entstehende Rückleistungsaussicht zugunsten des Darlehnsgebers durch die persönliche Forderung gesichert. Daneben werde das Pfandrecht begründet, sodaß der Gläubiger zwei Zwangsmittel mit der Maßgabe in der Hand habe, das einmal Gewährte nur einmal erhalten zu können. Eine begriffliche Abhängigkeit im Sinne einer Akzessorietät sei für die beiden Sicherungen weder bei der Begrün-

[52] Heck, Sachenrecht, § 78, insbes. S. 333.
[53] Heck, a. a. O. S. 325 ff.
[54] Vers. a. a. O. S. 323.

dung, noch bei der Aufhebung der „Gemeinschaft" gegeben. Beide jeweils durch den Parteiwillen beeinflußten Interessenlagen seien im Sinne der Zweckgemeinschaft zu beurteilen, die den im Leben „gewollten" Zusammenhang weitestgehend berücksichtige[55], ohne daß dadurch das eine der beiden verbundenen Rechte als „akzessorisch" und das andere als „Hauptrecht" bezeichnet werde.

Heck entwickelt daraus nun weiter, daß unter Berücksichtigung der „Zweckgemeinschaft" die vom Gesetz völlig zurückgedrängten obligatorischen Elemente des Pfandrechts im Einzelfall bei dem Interessenkonflikt voll zur Geltung gelangen könnten.

Die obligatorischen Elemente, die persönlichen Beziehungen zwischen den Parteien werden stets in der Form materieller Interessen auftreten und dabei den ideellen Interessen zur Abwägung gegenüberzustellen sein. Bei der interessengemäßen Untersuchung der Pfandrechtsfälle werden wir daher vielfach auf den Interessengegensatz zwischen den durch die Zweckgemeinschaft zum Ausdruck gebrachten relativen, und den durch die ideellen Interessen unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks hervortretenden absoluten Momenten stoßen.

Betrachten wir den Zweckgemeinschaftsgedanken von der rein praktischen Seite, so werden wir sehen, daß seine Anwendung, ganz gleichgültig wie wir uns der Frage des Anlehnungsdogmas gegenüber verhalten, zur Nichtbeachtung, ja sogar zur Außerkraftsetzung einer ganzen Reihe von Gesetzesnormen durch den Parteiwillen führt.

Die Untersuchung der Interessenlage führt ohne jeden Zweifel zur Anerkennung der von Heck über das Anlehnungsdogma entwickelten Ansichten. Nicht folgen können wir ihm dagegen bezüglich der aus dem Zweckgemeinschaftsgedanken abgeleiteten Parteibefugnisse.

Es ist wirklich nicht einzusehen, weshalb den durch die Zweckgemeinschaft zum Ausdruck gebrachten persönlichen, also materiellen Interessen, die ideellen Interessen weichen sollen. Der Zweck des Gesetzes verfolgt gerade im Sachenrecht die Tendenz, den rechtsgestaltenden Parteiwillen bezüglich der durch das Gesetz geschaffenen Institute weitestgehend einzuschränken.

Heck bringt zum Ausdruck, daß die Zweckgemeinschaft der Hervorhebung obligatorischer Momente diene. Mithin werden überwiegend materielle Interessen erfaßt, die sich im Konfliktsfalle den ideellen Interessen beugen müssen. Die Zweckgemeinschaft, in ihrer Gesamtheit ein Niederschlag materieller Interessen, kann den gesetz-

---

[55] S. dazu Heck, a. a. O. S. 328, Nr. 7.
[56] S. dazu Heck, a. a. O. § 78, IV, S. 333.

lichen Normen und den in ihnen zum Ausdruck gebrachten Wertungen nicht vorgehen. Wir dürfen die Schutzabsichten des Gesetzes nicht deshalb übersehen, weil im Einzelfall die Zweckgemeinschaft eine andere Lösung, wenn auch nur äußerlich, als interessengemäß erscheinen läßt. Nur dann laufen wir nicht Gefahr, gegenüber den gesetzlichen Wertungen, den rein materiellen Interessen in jedem Falle so hohe Wertfunktionen zuzuschreiben, daß sie zu ideellen Interessen, den gesetzlichen Werturteilen gleichstehenden Normen werden.

Heck hat erkannt, daß die Anwendung der Ideen des Anlehnungsdogmas de lege lata leicht zu dem Vorwurf führen könnte, daß der Richter sich vom Gesetz löse[56]. Mit Recht behauptet er jedoch, daß ja hier insoweit kein Abweichen vom Gesetz vorliege, als es sich um die Anwendung von Vorschriften handele, die auf einer irrigen Vorstellung beruhen. Insoweit kann ihm Gesetzesuntreue nicht vorgeworfen werden, denn Gesetzestreue besteht allein darin, daß der Richter denjenigen Interessenschutz verwirklicht, den der Gesetzgeber haben will.

Anders liegt jedoch m. E. die Frage bei der Zweckgemeinschaft. Die Interessenabwägung bei den Einzelfällen wird uns zeigen, inwieweit der Richter berechtigt ist, Normen mit Rücksicht auf entgegenstehende Werturteile auszuschalten. Es wird bei dieser generell nicht zu beantwortenden Frage stets auf die einzelnen Interessenkonflikte ankommen, die unter Berücksichtigung aller durch den Gesetzeszweck zum Ausdruck gebrachten ideellen Interessen zu lösen sind. De lege lata muß die Durchführung des Zweckgemeinschaftsgedankens als unzulässig angesehen werden. Inwieweit de lege ferenda Verbesserungen geschaffen werden können, werden wir an den einzelnen Problemen sehen. Gerade diese stark umstrittenen Beispiele sind, wie Heck[57] betont, besonders geeignet, die verschiedenen Methoden der Rechtsanwendung zu veranschaulichen.

§ 2. Die Nichtigkeitswirkung.

I. Der Meinungsstreit.

Die Zweckgemeinschaft ergibt für die Frage, ob beim nichtigen Grundpfandrecht der Nachberechtigte aufrücken soll oder nicht, naturgemäß keinen Anhaltspunkt. Diesem Problem legt Heck folgenden Fall zugrunde:

„Der Gutsbesitzer A nimmt, um eine bauliche Unternehmung durchzuführen, auf sein bisher unbelastetes Grundstück, Taxwert 1 Million Mark, die erste Hypothek bei dem Kreditinstitut X in Höhe von 60 Prozent des Taxwertes auf. Dann zeigt sich bei ihm eine offenkundige Geisteskrankheit. Sein Vormund sieht sich genötigt, be-

[57] Heck, a. a. O. § 84, S. 354.

hufs Weiterführung des Unternehmens, eine zweite Hypothek von 100 000 RM. bei Y aufzunehmen, die er nur zu sehr ungünstigen Bedingungen erhält. Es stellt sich heraus, daß A schon bei Bewilligung der ersten Hypothek geisteskrank war. Das Institut X muß daher das Darlehen zurückfordern. Eine anderweitige Beschaffung des Geldes kann ohne Verfügung über die erste Stelle nicht gelingen. Ist der Löschungsklage des Y stattgegeben?"

Heck gelangt unter Entscheidung der angeschauten Interessenkonflikte nach Werturteilen, zu dem Ergebnis, daß der geisteskranke Eigentümer eine Eigentümergrundschuld erworben habe. Der an zweiter Stelle stehende Gläubiger rücke nicht auf. Er sei mit der Klage abzuweisen.

Mit dem Eigentümerpfandrecht, so meint Heck, habe das Gesetz beabsichtigt, das Aufrücken der Nachhypothekare zu verhindern. Hieraus erwachse reflexmäßig ein Stellenverfügungsrecht des Eigentümers.

Warum sollten sich übrigens die Fälle der Hypothekenbestellung, in denen das obligatorische Geschäft nichtig ist und gemäß § 1163 BGB. eine Eigentümergrundschuld entsteht, von den Tatbeständen unterscheiden, in denen die Einigung nichtig ist? Die Interessen der betroffenen Eigentümer seien in beiden Fällen gleich schutzwürdig. Da vor allem die Interessen des Geschäftsunfähigen zu schützen seien, gebiete es die Gerechtigkeit, „die Vorschriften über das Eigentümerpfand auf die Fälle der Nichtigkeit der Hypothek analog anzuwenden" [1].

Die Praxis und weite Kreise des Schrifttums [2] behaupten, daß der Klage des Y auf Löschung der ersten Hypothek stattgegeben werden müsse. Infolge der nichtigen Hypothekenbestellung sei weder für den Gläubiger noch für den Schuldner ein dingliches Recht entstanden.

Das Reichsgericht geht von der Entstehungsgeschichte des § 1163 Absatz 1 BGB. aus.

Es legt ferner dar, daß zur rechtsgeschäftlichen Belastung eines Grundstücks gemäß § 873 BGB. außer der Eintragung, die „rechtswirksame Einigung" zwischen Grundeigentümer und Erwerber des Rechts erforderlich sei.

Sei die Willenserklärung eines der Beteiligten, insbesondere die Eintragungsbewilligung des Eigentümers nichtig, dann sei die Einigung rechtsunwirksam. Ein Grundpfandrecht gelange überhaupt

---

[1] Heck, S. R. S. 355.

[2] RGZ 68, 101; 70, 353; 78, 64; KGJ 53, 195; Planck, Bem. 2 zu § 1163 BGB; Staudinger-Kober, Bem. II, 1, a; Mittelstein, S. 102; Biermann, Kom. zum Sachenrecht, Bem. 7 zu § 1163 BGB; Predari, Einleitung § 9 Bem. VII; Goldtmann-Lilienthal, § 31, Anm. 48; Hirschfeld, § 12.

nicht zur Entstehung. Vor allem könne nicht deshalb, „weil für die Entstehung des hypothekarischen Rechts in der Art wie es eingetragen ist eine weitere Voraussetzung fehle, ein anderes hypothekarisches Recht an seine Stelle treten".

Für das Entstehen einer Eigentümergrundschuld nach § 1163 Satz 1 BGB., ist daher nach Ansicht der herrschenden Lehre immer erforderlich, daß die Bestellung der Hypothek rechtswirksam erfolgt, vor allem, daß eine gültige Einigung vorliegt.

Von Dritten wird aus den verschiedensten Gründen bald das Aufrücken der Nachpost, bald das Entstehen einer Eigentümergrundschuld bejaht.

Der Eigentümer habe auch ohne gültige Einigung durch die Eintragung einer Hypothek für einen anderen eine gültige Eigentümergrundschuld erworben, da das Wort „Hypothek" in § 1163 BGB. nicht bedeute, daß eine gültige Hypothek vorliegen müsse [3].

Es genüge, wenn die Voraussetzungen für die Eigentümergrundschuld nach § 1196 Abs. 2 BGB. vorlägen. Der Wille einem anderen eine Hypothek zu bestellen schließe die nach § 1196 BGB. erforderliche Erklärung des Eigentümers rechtsnotwendig ein, die in der Hypothek enthaltene Eigentümergrundschuld zu erwerben [4].

Weiter wird § 140 BGB. für anwendbar erklärt [5]).

Der Wille des Eigentümers sei auf die Verfügung über seinen Realkredit gerichtet gewesen. Die Verfügung sei zwar nichtig. Da Antrag und Einigung vorlägen, müßte das Vorhandene zu seinen Gunsten als Eigentümergrundschuld ausgelegt werden.

§ 868 ZPO., demzufolge eine im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragene Sicherungshypothek, die im Prozeß wieder aufgehoben wird, dem Eigentümer des Grundstücks zusteht und nachfolgende Gläubiger nicht aufrücken, könne nicht als zufällige Einzelbestimmung aufgefaßt werden [6].

Auch M. Wolff [7] hält die Konversion der unwirksamen Hypothekenbestellung in die gültige Bestellung einer Eigentümergrundschuld für zulässig. Es genügt ihm, wenn die Eintragungsbewilligung des betroffenen Eigentümers eine rechtswirksame Willenserklärung enthält.

Nußbaum [8] bejaht das Aufrücken der Nachhypothekare. Er hält jedoch die dadurch besser gestellten Gläubiger für obligatorisch verpflichtet, den unverdient erhaltenen Rang wieder freizugeben.

---

[3] Fuchs, Vorbem. 5 a vor § 1163. Vgl. dazu auch Kindl, S. 101.

[4] Schilde, S. 32, 2 a.

[5] Schreiber, S. 336 und 355.

[6] Siehe dazu Werneburg, i. Holdheims Mon.-Schrift für Handelsrecht und Bankwesen, 1918, S. 99 ff.

[7] M. Wolff, Sachenrecht, § 145 I, 3.

[8] Nußbaum, Deutsches Hypothekenrecht, S. 66.

Biermann[9], der im Ergebnis der von Nußbaum vertretenen Ansicht nahekommt, führt dazu aus:

Der Eigentümer könne sich gem. § 881 BGB. bei der Belastung des Grundstücks die Befugnis vorbehalten, ein anderes, dem Umfange nach bestimmtes Recht vor jener Belastung eintragen zu lassen.

Sei ein solcher Vorbehalt nicht gemacht, so seien die nacheingetragenen Hypothekare regelmäßig obligatorisch verpflichtet, dem Eigentümer diese Eintragung zu gestatten. Wer sich z. B. eine hinter 50 000 RM. einzutragende Hypothek habe versprechen lassen, könne zwar kraft Gesetzes aufrücken, bleibe aber aus dem obligatorischen Bestellungsvertrage verpflichtet, nachträglich bestellten Hypotheken bis zu einem Gesamtbetrage von 50 000,— RM. den Vorrang einzuräumen.

Heck's Beispiel ist nur ein Unterfall zu dem Problem, ob eine Eigentümergrundschuld auch dann entstehen kann, wenn die Einigung bei der Bestellung unwirksam war. Die verschiedenen Streitmeinungen wurden nur insoweit berücksichtigt, als sie für unsere Erörterungen von Wichtigkeit erscheinen.

II. Eigene Stellungnahme.

Die Entstehung eines Eigentümergrundpfandrechts kann im Falle des § 1163 BGB. von einer rechtswirksamen Einigung nicht abhängig gemacht werden. Voraussetzung dafür ist jedoch, daß die dabei vom Eigentümer abgegebene Erklärung den Voraussetzungen über die Rechtswirksamkeit von Willenserklärungen entspricht. Da dies in dem angeschauten Beispiel nicht der Fall ist, gelangen wir zu der Entscheidung, daß der Klage des Y auf Löschung des Vormannes stattzugeben ist. Wir können Heck vom Standpunkt der Interessenwertung hier nicht beistimmen.

Die Interessenjurisprudenz entscheidet den jeweiligen Interessenkonflikt unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks. Welche richtungweisenden Schlüsse lassen sich hier aus dem „Willen des Gesetzgebers" ermitteln?

Schon aus dem Wesen der Eigentümergrundschuld ergeben sich eine Menge Folgerungen. Das BGB. hat, wie durch die Interessenlage bestätigt und von Heck nicht bestritten wird, angenommen, daß die Eigentümergrundschuld eine echte Belastung ist. Sie wird damit in die große Gruppe der Liegenschaftsrechte eingereiht. Auf sie finden die allgemeinen Prinzipien des Sachenrechts, besonders aber des Liegenschaftsrechts, Anwendung.

Zwei Entstehungsmöglichkeiten der Eigentümergrundschuld bestehen. In den Fällen der §§ 1163 und 1177 BGB. kann das Eigen-

[9] Biermann, Kom. des Sachenrechts, II. Aufl. § 1163 Bem. 6. Uebereinstimmend auch Fuchs, Vorbem. 7 zu §§ 1163—1179 BGB.

tümerpfand kraft Gesetzes entstehen. Nach § 1196 BGB. kann eine solche Belastung auch bestellt werden.

Sinn des Gesetzes in § 1163 BGB. ist, daß trotz wirksamer Einigung und Eintragung des Gläubigers in das Grundbuch, die Stelle materiell dem Eigentümer so lange gesichert bleiben soll, bis das Darlehn gewährt oder klargestellt ist, wie das Rechtsverhältnis liegt.

Nach der wortgetreuen Anwendung des § 1163 BGB. wäre in dem Falle, daß eine unwirksame Einigung vorläge, kein Recht für den Eigentümer entstanden. Obligatorischer wie dinglicher Vertrag sind nichtig.

Die Bestellung eines Grundpfandrechts ist eine Verfügung über das Grundstück. Wie der Gesetzgeber in § 873 BGB. verlangt, ist zur Belastung des Grundstücks die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und deren Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Auf die bei der Einigung abgegebenen Willenserklärungen sind nach dem Sinne des Gesetzes die Normen der §§ 104 ff. BGB. anzuwenden, so daß selbst wenn die Erklärung des Eigentümers rechtswirksam ist, das Gesetz gegen die Entstehung eines Eigentümerpfandes zu sein scheint. Der Zweck des Gesetzes wie auch die Interessenlage sagen etwas anderes.

An dieser Stelle wird vielfach behauptet, daß bei der Beratung des BGB. die zweite Kommission einen dem vorliegenden Fall angepaßten Antrag mit der Begründung abgelehnt habe, daß die Annahme, es sei ein Grundpfandrecht entstanden, auf einer Ueberspannung des Prinzips der Eigentümergrundschuld beruhe, „die nicht im Sinne des Gesetzes läge“ [10]. Das Gesetz bezwecke somit nicht, über den von ihm gezogenen Rahmen hinaus Grundpfandrechte zur Entstehung gelangen zu lassen.

Es ist falsch und durch nichts gerechtfertigt, die damalige Stellungnahme zur Grundlage der Ermittlung des Gesetzeszwecks zu machen. In einer völlig modern anmutenden, bereits weitgehend den Forderungen der Interessenjurisprudenz Rechnung tragenden Entscheidung [11] erklärt das Reichsgericht, daß die in den Motiven vielfach zum Ausdruck gebrachte Meinung, ein praktisches Bedürfnis für die Regelung gewisser Fragen läge nicht vor, nicht maßgebend sei, weil durch diese Art der Deutung den Erfordernissen des Verkehrs nicht nachgekommen werde.

Die historische Entwicklung sowie sein Wesen weisen daraufhin [12], daß durch das Pfandrecht an eigener Sache ein unverdientes Aufrücken von Nachberechtigten verhindert werden soll. Die ständige

---

[10] Vergl. die Protokolle 3, 603 ff.
[11] RGZ 142, 231 ff.
[12] Siehe dazu oben § 1, I.

Erweiterung der Entstehungsmöglichkeiten von Eigentümerpfandrechten gibt die vom Gesetz verfolgten Absichten am klarsten wieder.

Das Gesetz kommt hier bewußt dem mit den wachsenden Verwicklungen des Kredit- und Grundstücksverkehrs immer größer werdenden Bedürfnis nach Erhaltung der Kreditfähigkeit des Grundbesitzes nach, dessen Befriedigung durch allgemeine Zulassung von Eigentümerpfandrechten weder dem Gesetz, noch den Interessen widerspricht.

Da sowohl in dem Fall, in dem die Einigung infolge eines, nicht in der Person des Eigentümers liegenden Mangels nichtig ist, als auch in dem von Heck gegebenen Beispiel der Gesetzeszweck in Bezug auf die Schaffung von Eigentümerpfandrechten derselbe ist, ist es klar, daß das unterschiedliche Ergebnis nur auf verschiedenen Interessenlagen beruhen kann.

Wie stellt sich diese nun dar?

Die zu untersuchenden Interessen zerfallen in zwei große Gruppen. Die Vielheit der Lebensbeziehungen zwischen den Beteiligten und deren wirtschaftliche Zusammenhänge, die sogenannten Wirtschaftsinteressen, bezeichnen wir als „materielle Interessen". Ihnen stehen die ideellen Interessen gegenüber, die die Umwertung allgemeiner abstrakter Zweckideen darstellen.

Im ersten Fall, in dem es sich um einen geschäftsfähigen Eigentümer handeln soll, fällt bei der Gegenüberstellung der Wirtschaftsinteressen zuungunsten des Gläubigers in die Wagschale, daß er eine erststellige Hypothek zu den Bedingungen eines zweitrangigen Grundpfandrechts erhalten hat. Die materiellen Interessen des Eigentümers, an der ersten Stelle ein Darlehen zu entsprechenden Bedingungen zu haben, überwiegen. Dazu kommt, daß die ohne Opfer und Zutun erworbene bessere tatsächliche und rechtliche Stellung des Gläubigers kaum beseitigt werden kann. Der Eigentümer kann jetzt keine Schutzmaßnahmen mehr ergreifen.

Die Anfechtung der Rechtsstellung des aufrückenden Gläubigers ist nicht möglich.

Ein Irrtum über die Erklärungshandlung oder den Inhalt der Erklärung ist nicht anzunehmen. Vor allem kann der Eigentümer die Bestellung der aufrückenden Post wegen Irrtums über die Geschäftsgrundlage nicht anfechten [13].

Ein Irrtum über die Grundlage des Geschäfts liegt nur vor, wenn es sich um Umstände handelt, deren Abweichung vom Vorgestellten für redliche Vertragsparteien die Existenz des Geschäfts erschüttern muß, so daß die Partei, die trotzdem die andere am Geschäft festhalten will, gegen Treu und Glauben verstößt [14].

[13] S. dazu Oertmann: Die Geschäftsgrundlage.

[14] Enneccerus-Nipperdey, § 166 u. Anm. 5 u. 6. So auch das RG in RGZ 108, 105; 100, 130; 122, 200; 131, 93.

Dies ist nur der Fall, wenn die grundlegende Bedeutung des fraglichen Umstandes für den Vertragsabschluß dem Vertragsgegner erkennbar war.

Nur die Gewißheit des dauernden Vorhandenseins dieses Zustandes muß die Partei, die auf ihn Wert legte davon abgehalten haben, vom Gegner einen Vorbehalt zu verlangen.

Schließlich muß feststehen, daß der Gegner sich mit Rücksicht auf den Zweck des Vertrages eingelassen haben würde.

Der fragliche Umstand war für die Parteien die Sicherung des Darlehns durch eine zweitstellige Hypothek. Dies war dem Gläubiger erkennbar. Es ist auch zu unterstellen, daß den Eigentümer lediglich die Ueberzeugung von der Gültigkeit der ersten Hypothek abgehalten hat, sich gemäß § 881 BGB. einen Rangvorbehalt einräumen zu lassen.

Ein Irrtum ist jedoch zu verneinen, da sich die abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärungen auf das Recht als solches und nicht auf den Rang des Rechts bezogen.

Auf materiellem Gebiete ist kein Ausgleich zu erreichen. Aber nicht nur die materielle Interessenlage spricht gegen das Aufrücken der Nachpost, auch die ideellen Interessen stehen dem durch logische Konstruktion geschaffenen Ergebnis entgegen.

Der Gesetzeszweck beim Eigentümerpfand ist klar.

Die ideellen Interessen stellen sich hier als Summe der für das Liegenschaftsrecht vom Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitserwägungen aufgestellten Grundsätze dar, die in Verbindung mit den auftretenden Bedürfnissen allgemein als Verkehrsinteressen bezeichnet werden. Ihre Abwägung ist der beste Bürge für die gleichmäßige Beurteilung aller jener Fälle, in denen uns eine unmittelbare abstrakte Regelung fehlt.

Infolge des gesteigerten Bedürfnisses nach Rechtssicherheit hat das Gesetz das Sachenrecht mit einer Anzahl von Prinzipien — umgewerteten ideellen Interessen — ausgestaltet. Der Einzelne muß sich bei der Abwägung gegenüber diesen allgemeinen Interessen beugen, was keinesfalls ungerecht ist, sondern die Verwirklichung eines höheren Gebots darstellt.

Schon der Umstand, daß die Anzahl der Sachenrechte eine geschlossene ist[15], ergibt, daß der Gesetzgeber die Vertragsfreiheit für das Sachenrecht nicht gewährt. Daraus folgt auch, daß der begriffsmäßige Inhalt der dinglichen Rechte grundsätzlich nicht der Parteivereinbarung unterliegt. Hiermit hängt wiederum zusammen, daß alle Rechtssätze des Sachenrechts zwingender Natur sind, die zum Begriffe des dinglichen Rechts gehören. Auch diejenigen Normen sind

[15] S. dazu RGZ 48, 63; 51, 86; 57, 333 u. a. m.

zwingendes Recht, durch die die Interessen der Allgemeinheit wahrgenommen werden sollen.

Das Eigenschaftsrecht ist eng mit dem Grundbuchrecht verknüpft.

Von den zu ideellen Interessen umgewerteten Prinzipien des Grundbuchrechts seien nur die wesentlichen herausgegriffen.

Die materielle Wirkung besteht darin, daß jede liegenschaftliche Veränderung der Eintragung bedarf.

Formell ist nach der Interessenlage erforderlich, daß diese Eintragung nur erfolgen darf, wenn derjenige sie billigt, dessen Recht durch sie betroffen wird.

Die Eintragung, die keine formelle Rechtskraft erzeugt, ist materiell nur gültig, wenn eine rechtswirksame Grundlage besteht. Vorher begründet sie nur eine widerlegbare Vermutung für die Richtigkeit des dargestellten Zustandes.

Das gleichfalls sehr wichtige Oeffentlichkeitsprinzip hat hauptsächlich in den §§ 891 und 892 BGB seinen Niederschlag gefunden.

Unser Ergebnis, das trotz des Nichtvorliegens der rechtswirksamen Einigung eine Eigentümergrundschuld bejaht, steht nicht im Widerspruch zu diesen ideellen Interessen.

Das Kammergericht und das Reichsgericht haben sich endlich zu der Erkenntnis durchgerungen, daß nach § 873 BGB eine Einigung nur dort verlangt werden könne, wo das Gesetz nichts anderes vorschreibe[16]. Es sei daher für Zweifelsfälle — das Kammergericht nennt sie vorsichtshalber „Ausnahmefälle" — eine Auslegung geboten, die dem Zweck des Gesetzes und seinem Gesetzesinhalt entspräche. Zutreffend wurde erkannt, daß der Zweck des § 873 BGB allein darin bestehe, daß niemand ohne seinen Willen ein Recht erwerben solle.

Das Gesetz hat ausdrücklich im § 1196 BGB dem Eigentümer die Möglichkeit eingeräumt, sich zur Erhaltung seiner Kreditfähigkeit eine Eigentümergrundschuld zu bestellen. Wie ungerecht ist es, diesen Zweck durch rein formalistische Ueberlegungen zu umgehen. Es wäre doch geradezu grotesk, wenn die ohne Verschulden des Eigentümers nichtige Einigung eine derartige Benachteiligung zur Folge haben sollte, ohne daß auf der anderen Seite Ausgleichsmöglichkeiten bestehen. Die hier unbewußt geschaffene Lücke kann daher nur in dem Sinne ergänzt werden, daß dem Eigentümer das Stellenverfügungsrecht in Gestalt einer Eigentümergrundschuld erhalten bleiben muß. Jede andere Entscheidung ist gesetzeswidrig, da der vom Gesetz beabsichtigte Schutz mißachtet und übergangen werden würde.

In der heutigen kreditknappen Zeit tritt ein besonders großes und praktisches Bedürfnis nach Eigentümergrundschulden auf. Das

[16] RGZ 142, 231 ff.

Gesetz erlaubt nicht nur diesem ohne weiteres Rechnung zu tragen, sondern bezweckt sogar, diesem Wunsche gerecht zu werden. In Erkenntnis dieser Tatsachen konnte das Reichsgericht aussprechen, daß dieser Art der Gesetzesauslegung vor der früheren angesichts des Verkehrsbedürfnisses der Vorzug zu geben sei.

Eine die Abwägung der Interessenlage beeinträchtigende Kollision mit anderen ideellen Interessen liegt hier nicht vor. Die für den Nachhypothekar sprechenden ideellen Interessen, die sich aus dem Grundsatz ergeben, daß das ganze Grundstück dem Gläubiger haftet, sind ja nur dann zu berücksichtigen, wenn die angeblich vorgehende Post frei ist, mithin ein Recht an dieser Stelle tatsächlich nicht entstanden ist.

Auch aus den an das Grundbuch zu knüpfenden ideellen Interessen ergibt sich nichts Gegenteiliges, zumal durch den Eintrag keine formelle Rechtskraftwirkung erzeugt wird.

Da in dem von uns gebildeten Fall die ratio legis die gleiche ist, wie bei der Bestellung einer Eigentümergrundschuld durch den Eigentümer, müssen wir, um der Interessenlage und dem Gesetzeszweck zu entsprechen, die Vorschriften über das Eigentümerpfand hier analog anwenden.

Heck[17] behauptet nun, daß die analoge Anwendung schlechthin, also auch in seinem Beispiel, anzuwenden sei. Die Interessenlage sei hier die gleiche, wie in dem Fall, in dem der Eigentümer geschäftsfähig sei. Die Normen, die die von einem Geschäftsunfähigen bestellte erste Hypothek für nichtig erklären, bezweckten doch einen Schutz der Interessen des Unfähigen.

Dieser Auffassung können wir nicht beistimmen. Die Lage der ideellen Interessen ist in den beiden angeschauten Fällen grundverschieden, denn der zwischen den Normen der §§ 104 ff. einerseits, den §§ 1163, 1196 und dem Verkehrsinteresse andererseits auftretende Konflikt muß unter Beachtung des Gesetzeszwecks entschieden werden.

Gerade vom Gesichtspunkt der ideellen Interessenlage ist das Entstehen einer Eigentümergrundschuld in diesem Falle nicht gerechtfertigt. Wir würden ja dadurch dem Geisteskranken mehr zubilligen, als ihm überhaupt je nach dem Willen und Zweck des Gesetzes zugedacht war.

Die materielle Interessenlage ist die gleiche wie im vorher angeschauten Fall.

Die ideelle Interessenlage deckt sich nur zum Teil. Gegen die analoge Anwendung der Vorschriften über die Eigentümergrundschuld können jedoch Bedenken aus andersgearteten Interessen heraus erhoben werden. Der in den Normen der §§ 104 ff. BGB zum Ausdruck gebrachte Zweck des Gesetzes steht dagegen.

[17] Heck, Sachenrecht, § 84, S. 355, Ziff. 4.

Die gesetzliche Grundlage für die rechtsgeschäftliche Bestellung der Eigentümergrundschuld ist § 1196 BGB. In ihm ist dem Eigentümer die Ermächtigung eingeräumt, sich einen Rang zur Verfügung zu halten.

Das Gesetz bringt zum Ausdruck, daß es dazu des Antrags des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld „für ihn" eingetragen werden solle, bedarf. Diese Art der Bestellung ist eine Verfügung. Der darauf hinzielende Antrag, den wir in der Abgabe der Eintragungsbewilligung für das Institut X. sehen, war von einem Geisteskranken abgegeben, der gar nicht verfügen konnte. Sinn und Zweck des Gesetzes lassen ganz klar erkennen, daß daher der Entstehung einer Eigentümergrundschuld nicht beigepflichtet werden kann. Dies wäre gegen den Willen des Gesetzgebers entschieden.

Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch dazu, daß Sinn und Zweck des Gesetzes der Schutz des Geisteskranken seien. Diesem Schutzbedürfnis, dem auf der Seite der materiellen Interessen dadurch bereits weitestgehend Rechnung getragen worden ist, daß gegen den Geisteskranken nur ein einfacher Bereicherungsanspruch gewährt wird, stehen die Verkehrsinteressen der Allgemeinheit entgegen, denen sich die Interessen des Einzelnen beugen müssen. Hierin würde nie eine Ungerechtigkeit gesehen werden können, sondern nur die Verwirklichung eines höheren Gebots, der Forderung nach Rechtssicherheit.

Das Gesetz versucht diesen Zweck dadurch zu erreichen, daß es ohne Ausnahme jede Verfügung des Geschäftsunfähigen für nichtig erklärt. Daran wird überall die Wirkung geknüpft, daß durch Erklärungen von Geisteskranken keine Rechtsveränderungen hervorgerufen werden können. Die ideellen Interessen sprechen somit auch gegen eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Eigentümergrundschuld.

Der Konflikt zwischen den §§ 104 ff. und den §§ 1163, 1196 BGB ist unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks dahingehend zu entscheiden, daß das Entstehen einer Eigentümergrundschuld für den vorliegenden Fall abgelehnt werden muß.

Heck's Ergebnis, das m. E. auf der Unterbewertung des den Normen der §§ 104 ff. BGB innewohnenden Zwecks beruht, würde leicht zu der einschneidenden Annahme führen, daß ein Geisteskranker, wie z. B. im englischen Recht, für voll geschäftsfähig zu halten ist. Daß damit wesentliche Normen unseres Rechts umgestoßen würden, ist leicht einzusehen.

Hauptzweck des Gesetzes ist, dieses Ergebnis zu vermeiden. Meist geschieht dies zugunsten des Geisteskranken unter Schädigung der materiellen Interessen des anderen Beteiligten. Liegt der Fall jedoch wie bei uns, so muß sich der Betroffene den höheren, von dem Gesetz vorgeschriebenen Verkehrsinteressen zum Wohle der Gesamtheit

beugen. Es handelt sich mithin in beiden Fällen um ganz verschiedenartige Interessengruppen. Die ratio legis des einen Falles ist nicht die gleiche wie im zweiten.

Gerade der Umstand, daß die beiden scheinbar gleichgearteten Fälle eine derartig verschiedene Interessenlage haben, zeigt am deutlichsten, wie durch die Interessenjurisprudenz die inneren, feinen Unterschiede beider Beispiele klar zum Ausdruck gebracht werden. Ohne die Bindung des Richters an die gesetzlichen Gebote zu lockern, ohne ihn auch nur einen Augenblick nach seiner persönlichen Ueberzeugung urteilen zu lassen, findet er das Recht auf Grund einer nur durch die gesetzlichen Werturteile bedingten Abwägung der Interessen. Daß in dieser Art der Rechtsanwendung nicht die Gefahr einer Zersplitterung ruht, die sonst in jeder einseitigen, ohne Berücksichtigung des Gesetzeszwecks vorgenommenen Rechtsprechung verborgen ist, dürfte klar sein.

Wir sind mithin im Geisteskrankenfall auf Grund der Interessenabwägung zu einem mit der herrschenden Lehre übereinstimmenden Ergebnis gelangt, daß wir dahingehend zusammenfassen, daß dem Antrag des Y. auf Löschung des X. stattzugeben ist und X. sowie A. ihre Zustimmung hierzu zu erteilen haben.

Wir erkennen jetzt auch, daß Heck bei der Beurteilung des Geisteskrankenfalles von Voraussetzungen ausgegangen ist, die durch die Interessenlage nicht gerechtfertigt worden sind. Er mußte dadurch notgedrungen die Gesetzeslücke gegen die bestehenden Verkehrsinteressen ausfüllen.

Soweit die Streitmeinungen zu einem mit uns übereinstimmenden Ergebnis gelangt sind, folgten sie dem Gebot der Gerechtigkeit.

Vielfach suchte man, wie die oben angeführten Kontroversen beweisen, rein gefühlsmäßig, durch mehr oder weniger scharfsinnige Ueberlegungen diesem Gebot Genüge zu tun.

So z. B. die Auffassung, die lehrt, daß das Wort „Hypothek" in § 1163 BGB sowie in einigen anderen Bestimmungen des Hypothekenrechts nicht in streng juristischem Sinne zu verstehen sei. Wenn wir auch angesichts des Gesetzeszwecks dieser Meinung zustimmen können, erscheint der Weg, der zu diesem Ergebnis führt, recht unzuverlässig. Auf ein Erfassen der inneren Zusammenhänge kann sich diese Meinung jedenfalls nicht berufen.

Irrig ist die bisherige Interpretation des Reichsgerichts. Das wiederholte Verweisen auf die Entstehungsgeschichte des § 1163 BGB ist noch lange kein Beweis dafür, daß diese Vorschrift unbedingt eine Einigung voraussetzt. Völlig verkannt wurde der Zweck des Gesetzes, wenn es meint, daß die wirtschaftlichen Interessen des Eigentümers nicht allein in den Vordergrund gerückt werden sollen [18].

[18] Aehnlich Turnau-Förster, § 1163 II BGB, die ausführen, daß die nachstehenden Hypothekare nicht verpflichtet seien, sich gefallen zu lassen, daß

Falsch sind auch die auf rein positivistischen Erwägungen aufgestellten Behauptungen, die Interessenlage rechtfertige nicht, in der Bestellung der Hypothek einen Antrag nach § 1196 BGB zu erblicken[19]. In dem angeschauten Beispiel sei die Erklärung lediglich ein Antrag, der auf Eintragung einer Hypothek auf Grund einer vermeintlich vorhandenen Einigung gerichtet sei, während im Falle des § 1196 BGB der Antrag eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung enthalte.

Aus diesen Gründen könne auch nicht konvertiert werden[20].

Aus dem sehr interessanten Hinweis auf § 868 ZPO ist ersichtlich, daß der Vertreter dieser Ansicht die Vorstellung hatte, daß die begriffs-logische Auslegung des § 1163 BGB zu Fehlern führt, die dem Gesetzeszweck entgegenstehen. Wie sich aus § 867 ZPO ergibt, ist zur Entstehung einer Sicherungshypothek für den vollstreckenden Gläubiger nur sein Antrag und die Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Es braucht mithin keine Einigung vorzuliegen. Es würde die Vollstreckung wesentlich erschweren, wenn der Gläubiger in jedem Falle die Zustimmung des Eigentümers erst nach § 894 ZPO erzwingen müßte. Es handelt sich also um eine rein durch Zweckmäßigkeitserwägungen gerechtfertigte Vorschrift, die wir nicht ohne weiteres zur Auslegung des § 1163 BGB heranziehen dürfen. Interessant ist, daß § 868 ZPO auf § 1163 BGB Bezug nimmt, wenn bestimmt wird, daß nach Aufhebung der vollstreckbaren Entscheidung oder nach Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung der Eigentümer die Hypothek erwirbt. Das kommt auch bei Stein-Jonas[21] zum Ausdruck, der unter Hinweis auf § 1163 BGB erklärt, daß es den Grundsätzen des Hypothekenrechts entspräche, wenn bei solcher Sachlage keine Löschung vorgenommen werde, sondern der Eigentümer die Hypothek erwerbe.

§ 3. Die atypischen Versagensfälle.

I. Allgemeines.

Bei den atypischen Versagensfällen handelt es sich um das Problem, inwieweit beim Erlöschen eines durch eine rechtswirksame Hypothek gesicherten Darlehns der Grund des Untergangs der persönlichen Forderung zu beachten ist.

Heck[1] glaubt, daß in einer Reihe von Fällen, die herrschende Lehre zu einem dem „generellen" Erfolg entgegenstehenden und der

eine vorstehend unwirksame Hypothek zu einer wirksamen Grundschuld werde.

[19] So Semmelmann, § 3, IV, II.

[20] Im Ergebnis ebenso Fischer, Festschrift für Wach I, S. 27.

[21] Stein-Jonas, § 868 ZPO.

[1] Heck, Sachenrecht § 84, II.

materiellen Interessenlage des Betroffenen nicht entsprechenden Ergebnis führe. Die Ursache hierfür sei in der durch das Anlehnungsdogma stark beeinflußten Fassung der §§ 1163 und 1169 BGB zu suchen, durch die die obligatorischen Elemente des Pfandrechts völlig in den Hintergrund gedrängt seien. Das Gesetz beweise wiederholt bei den typischen Versagensfällen, daß das Schicksal der Forderung nicht allein maßgebend für das Bestehen des Grundpfandrechts sei.

In § 223 Abs. 1 BGB sei bestimmt, daß „die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, den Berechtigten nicht hindert, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstand zu suchen". Dem durch ein Pfandrecht gesicherten Gläubiger stehe im Konkurs gemäß §§ 47 und 48 KO. ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zu. Im Falle des Zwangsvergleichs würden gemäß § 193 Satz 2 KO. die dinglichen Rechte, — z. B. Hypothek, Grundschuld usw. — durch den Zwangsvergleich nicht berührt. Schließlich bleibe im Falle der Nachlaßerschöpfung der dinglich geschützte Gläubiger berechtigt, die Befriedigung zu suchen. Aus diesen Normen sei der Wille des Gesetzgebers ersichtlich, daß in gewissen Fällen die Gläubiger trotz der Vorschrift des § 1163 Abs. 1 BGB ihre dinglichen Rechte behalten sollen.

Heck behauptet, daß der Kreis der Fälle, in denen das Anlehnungsdogma versagt, bedeutend zu erweitern sei, daß er sich auf alle die Fälle zu erstrecken habe, in denen eine dem Zwecke des § 1163 BGB zuwiderlaufende Regelung durch Parteivereinbarung getroffen worden ist.

Damit spitzt sich das Zweckgemeinschaftsproblem auf die Frage zu: „Können die Parteien im Wege formloser Vereinbarung den durch § 1163 BGB gewollten Erfolg verhindern?

Beschränken wir die Wirkung aus dem Anlehnungsdogma, wonach sich obligatorische und dingliche Forderung nicht im Verhältnis der Azessorietät gegenüberstehen, auf die Gebote der Zweckgemeinschaft, dann ergibt sich, daß die Parteien die persönliche Forderung aufheben können, ohne die Realforderung zu ändern. Da es forderungsfreie Pfandrechte an Grundstücken in Gestalt von Grundschulden gibt, stände der Anahme an sich nichts entgegen, daß nach dem Willen der Parteien derartige Rechte für den Gläubiger jeweils frei begründet werden können.

De lege lata ist dies nicht möglich, ohne Gefahr zu laufen, Gesetzesuntreue zu begehen. Inwieweit jeweils der Zweckgemeinschaftsgedanke durchdringt, muß der Prüfung bei den Einzelfällen überlassen bleiben. Generell läßt sich dazu sagen, daß das Gesetz in allen Pfandrechtsnormen den Standpunkt einer strengen Akzessorietät einnimmt. Hierin ändern auch nichts die vier typischen Versagensfälle.

Für die Ermittlung der hier auftretenden materiellen und ideellen Interessen ist die Frage nach den jeweils vorhandenen „Bedürfnissen" nicht zu umgehen.

Es wird sich nicht abstreiten lassen, daß das Gesetz in einer Anzahl von Fällen unmittelbar durch seine Normen den Lebensbedürfnissen vollauf Rechnung getragen hat. Auf dem Gebiet der Grundpfandrechte hat es eine große Anzahl von Belastungsmöglichkeiten geschaffen. Einfach und klar gegliedert legen sie Zeugnis dafür ab, wie glücklich die Lösung den Verkehrsbedürfnissen entsprechend gefunden wurde.

Nicht zu vergessen sind endlich die Verkehrsinteressen, denen besonders im Sachenrecht die Aufgabe der Wahrung der Form und der Stetigkeit zufällt. Diesen gegenüber ist es übrigens ohne Bedeutung, welche Stellung wir bezüglich der Frage der Akzessorietät einnehmen.

Wie im einzelnen die materielle Interessenlage sein mag, die ideellen Interessen unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks werden auch in diesen Fällen ausschlaggebend sein. Gerade auf dem Gebiete des Sachenrechts ist dem Grundsatz, daß der Wille des Einzelnen sich dem höheren Gebot der Rechtssicherheit zu beugen habe, viel eingehender als in anderen Rechtsgebieten Beachtung zu schenken, da ja jede sachenrechtliche Veränderung unmittelbar das Vermögen der Beteiligten trifft. Es ist verständlich, daß allein aus reinen Zweckmäßigkeitserwägungen der sachenrechtlichen Gestaltung durch den Parteiwillen vielfach größere Beschränkung auferlegt wird.

M. E. ist eine Analogie der „atypischen" zu den „typischen" Versagensfällen wegen der grundsätzlich verschiedenen Interessenlagen nicht zulässig. Die gesetzlichen Regelungen bei der Verjährung, beim Konkurs, beim Zwangsvergleich und bei der Nachlaßerschöpfung stellen nicht nur Folgerungen der Zweckgemeinschaft dar, sondern sind auch, was wir objektiv zugeben müssen, durchaus mit der Kausalität des Anlehnungsdogmas vereinbar.

Gerade das von Heck herangezogene Beispiel des § 223 BGB spricht unmittelbar gegen ihn selbst.

In dieser Norm ist der alte römisch-rechtliche Gedanke, daß die Verjährung des persönlichen Anspruchs die Haftung des zu seiner Sicherheit bestellten Pfandes nicht aufhebt, zum Durchbruch gekommen. Die juristische Konstruktion dieser fortdauernden Pfandhaftung ist bestritten. Aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes läßt sich jedoch entnehmen, daß der Verjährung gegenüber der fortdauernden Pfandhaftung eine schwächere Wirkung zuzuschreiben ist, denn die Verjährung äußert ihre Wirkung nur in der Abschwächung der Haftung des Schuldners. Das Schuldverhältnis bleibt, und zwar nicht nur bis zur Höhe des Wertes des Pfandrechts bestehen, es ist nur

eine Einrede gegeben. Es ist daher falsch, zu behaupten, daß die Forderung nur deshalb fortbestünde, damit das Pfandrecht nicht seiner akzessorischen Grundlage entbehre. Nein, weil die Forderung fortbesteht — wenn auch als Naturalobligation —, besteht die Fortdauer der Pfandhaftung.

Auch in den übrigen, von Heck genannten typischen Versagensfällen erlischt die Forderung im Gegensatz zu den von ihm gegebenen Fällen nicht.

Diese Beispiele zeigen, wie fein der Gesetzgeber dem durch die Interessenlage verlangten Erfolg gerecht wird. Dem dinglich gesicherten Gläubiger soll auf jeden Fall erspart bleiben, durch die schlechte Vermögenslage des Schuldners in Mitleidenschaft gezogen zu werden, denn sein Wille war es ja, besonders gesichert zu werden. Er steht durch sein Recht viel mächtiger da als ein Gläubiger, dem lediglich obligatorische Ansprüche zustehen. Würde das Gesetz diesem Umstand nicht Rechnung tragen, so wären damit alle dinglichen Sicherungen an einer Sache oder an einem Grundstück illusorisch, und das ganze Pfandrechtswesen hinfällig.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß nun auch die Parteien ähnliche Folgen kraft ihres Willens herbeiführen können.

Inwieweit hier de lege lata der Zweckgemeinschaftsgedanke durchgeführt werden kann, wollen wir an den folgenden, von Heck ausgewählten Beispielen untersuchen[2].

II. Die einzelnen Probleme.

1. Der Simulationsfall.

„Die Parteien wollen eine Realobligation ohne persönliche Schuld begründen. Der vorgeschriebene Weg ist die Grundschuld. Aber die Parteien wählen die Hypothek aus Unkenntnis oder weil diese Form in der Gegend allein gebräuchlich und deshalb leichter begebbar ist. Da das Grundbuchamt eine Hypothek ohne Angabe der Forderung nicht einträgt, so simulieren sie eine Darlehnsforderung und die Hypothek wird eingetragen. Was ist die Wirkung?"

Heck gelangt zu dem Ergebnis, daß der Gläubiger eine „forderungsfreie Hypothek" oder „latente Grundschuld", zum Mindesten jedoch eine „alleinstehende Realobligation" erhalten habe.

Dieses Ergebnis sei ein Gebot der Zweckgemeinschaft. Nur diese Entscheidung sei interessengemäß und entspräche dem Grundgedanken des § 140 BGB.

Die herrschende Lehre behauptet hier, daß die Hypothek immer das Bestehen einer Forderung voraussetze. Der zwischen den Parteien geschlossene Darlehnsvertrag sei wegen Scheins gemäß § 117

[2] Heck, Sachenrecht, § 84, S. 356 ff.

BGB nichtig, denn beide Teile wären sich darüber im Klaren gewesen, daß eine Forderung nicht entstehen sollte.

Wenn auf Grund einer solchen Vereinbarung die Eintragung erfolgte, lag zwar eine dingliche Einigung insoweit vor, als hierzu begrifflich das Zusammenwirken mehrerer Personen gehört [3]. Die Eintragung sei jedoch ohne die ernstliche Absicht, ein Hypothekenrecht wirklich begründen zu wollen, erfolgt. Auf Grund der im Einverständnis beider Beteiligten nur zum Schein erklärten, und daher nach § 117 BGB nichtigen Einigung sei ein wirksames Pfandrecht nicht entstanden. Es konnte mithin auch nicht auf den Eigentümer übergehen [4].

Endemann [5] sowohl wie Predari [6] treten dieser Auffassung in vollem Umfange bei. Sei die eingetragene Hypothek wegen Scheins nichtig, so fehle die wichtigste Voraussetzung für den Tatbestand des § 1177 BGB, daß nämlich eine „Hypothek" sich mit dem Eigentum vereinigt habe.

Es sei hierbei kurz darauf hingewiesen, daß sich Heck wohl bezüglich der Ansicht der herrschenden Lehre im vorliegenden Falle geirrt haben muß. Selbst das Entstehen einer Eigentümergrundschuld nach § 1163 BGB wird von der Praxis in Abrede gestellt.

Im angeschauten Beispiel liegt eine Gesetzeslücke vor. Das Gesetz enthält „bewußte" und „unbewußte" sowie „ausfüllungsfähige" und „nicht ausfüllungsfähige" Lücken. Hier handelt es sich zunächst einmal um eine „unbewußte" Gesetzeslücke. Zweifelhaft ist jedoch, ob diese Lücke „ausfüllungsfähig" ist, was allein nach den dabei auftretenden Bedürfnissen beurteilt werden kann.

Die Bedürfnisse, die nach einer Entscheidung im Heck'schen Sinne drängen, beruhen auf Forderungen der Zweckgemeinschaft. Diese sind jedoch nicht geeignet, die vorhandene Gesetzeslücke zu einer ausfüllungsfähigen zu machen, da es sich bei ihnen um keine „notwendig zu befriedigenden Bedürfnisse" handelt. Diese Bedürfnisse beruhen lediglich auf Sondervereinbarungen der Parteien, die aus irgend einem Grunde andere als die vom Gesetz vorgeschriebenen Wege gehen. Sie sind den materiellen Interessen gleichzusetzen. Das Bedürfnis nach einer „forderungsfreien Hypothek" ist leichter auf dem durch unser Gesetz unmittelbar eingeräumten Weg zu befriedigen. Es gehört nicht zu jener Gruppe, die auf keine andere Art als in der von den Parteien vorgenommenen gestillt werden können. Die im Simulationsfall auftretenden Bedürfnisse sind „künst-

---

[3] RGR Kom. § 873, 7 a.

[4] OLG in Mugdan-Falkmann, Bd. 5, S. 10; 23, 323; Staudinger, § 1163, Bem. II, 1 a. Vgl. Turnau-Förster, I, S. 685, Anm. II.

[5] Endemann, S. 739.

[6] Predari, S. 225.

lich" hervorgerufen. Sie sind nicht geeignet, die bestehende Lücke im Heck'schen Sinne auszufüllen.

Die ideellen Interessen stehen eindeutig gegen Heck's Lösung. Ein forderungsbekleidetes Grundpfandrecht ist nicht entstanden, da es an der zu sichernden Forderung fehlt. Wie verhält es sich mit einer „forderungsfreien Hypothek?"

Ohne persönliche Forderung kann ein Grundpfandrecht jederzeit als Grundschuld bestellt werden. Die Parteien bezweckten zwar ein ähnliches Recht, haben jedoch erklärt, daß sie eine Hypothek bestellen wollten. Die Voraussetzungen der Grundschuld nach § 1193 BGB liegen mithin nicht unmittelbar vor.

Der Gesetzeszweck in Verbindung mit den dem § 117 BGB zugrunde liegenden ideellen Interessen erklärt das vorliegende Geschäft auch in dingliche Beziehung für nichtig. Diesen Scheingeschäften wird ganz generell der Schutz versagt, da nicht nur die Gefahr der Schädigung einzelner besteht, sondern auch allgemein die Rechtsunsicherheit dadurch gefördert werden würde.

Eine Abhilfe durch Konversion ist nach Lage der ideellen Interessen, insbesondere des Verkehrsinteresses, nicht zulässig.

Zunächst sind hier die Interessen zu berücksichtigen, die an den numerus clausus der Sachenrechte geknüpft sind, und die sich gegen die Schaffung neuer Grundpfandrechte, sei es als „latente Grundschuld", sei es als „forderungsfreie Hypothek", wenden. Dem Gesetz sind diese Belastungsarten völlig fremd.

Die dinglichen Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches sind das Ergebnis einer besonderen historischen Entwicklung und ein Element der gesellschaftlichen Organisation. Sie sind nicht ein Erzeugnis des Parteiwillens, sondern stehen dem Parteiwillen als etwas Gegebenes gegenüber [7]. Das obligatorische Recht hat den individuellen Bedürfnissen zu dienen, „des dinglichen Rechts hat sich das Individuum so zu bedienen, wie es durch das gesellschaftliche Kollektivbedürfnis zurecht gehämmert worden ist" [8].

Die sich hieraus ergebenden Schranken haben wir bereits im Nichtigkeitsfall kennen gelernt. Es kann daher nicht durch Eintragung ein nicht zugelassenes Recht unter dem Vorwande, es handele sich um eine Hypothek, in ein dingliches Recht umgewandelt werden, da der begriffsmäßige Inhalt der dinglichen Grundstücksbelastungen nicht der Parteivereinbarung unterliegt.

Gegen ein Gläubigerrecht sprechen auch die im Hinblick auf §§ 116 ff. BGB bestehenden Verkehrsinteressen.

Diese ungeheuer wichtigen Interessen der Allgemeinheit erhöhen das Gewicht der ideellen Interessen zugunsten der von uns gefundenen Entscheidung gegenüber dem Heck'schen Ergebnis.

[7] Siehe M. III. 3.

[8] Ehrlich, a. a. O. S. 105.

Wägen wir nun die aus der Zweckgemeinschaft erwachsenen materiellen Interessen gegenüber diesen Verkehrsinteressen ab, so ergibt sich ein erdrückendes Uebergewicht der letzteren. Die Allgemein-Interessen stehen zu hoch, als daß eine so stark wirkende Durchbrechung mit dem Gesetzeszweck noch in Uebereinstimmung gebracht werden könnte.

Wir haben uns bei der Stellungnahme an die vom Gesetz gegebenen, heute in Kraft befindlichen Normen gehalten, von denen Heck mit Recht behauptet, daß sie in ihrer Fassung vom Anlehnungsdogma beeinflußt sind. Diese Fassung hat auf unser Ergebnis keinen Einfluß gehabt, da wir bewußt die damit zusammenhängenden Interessen außer acht gelassen haben.

Eine Entscheidung dieses Falles im Heck'schen Sinne ist, so sehr sie den Wünschen des Einzelnen im Einzelfall nachkommen mag, de lege lata noch recht zu bedenken, da wir gegen den Gesetzeszweck verstoßen würden.

Der Entscheidung der herrschenden Lehre kann auf Grund der beim Nichtigkeitsfall angestellten Erwägungen nicht zugestimmt werden. Vielmehr müssen wir im Hinblick auf den Zweck des Gesetzes zu der Annahme gelangen, daß für den Eigentümer eine Grundschuld entstanden ist.

2. Der Schenkungsfall.

„A. will dem B. schenkweise ein verzinsliches Kapital versprechen und durch Verpfändung seines Hauses dinglich sichern. Er läßt dem Gebrauch entsprechend keine Grundschuld, sondern eine Darlehnshypothek eintragen, und zwar auf Grund einer bloß beglaubigten Bewilligung, sodaß für das obligatorische Versprechen die Form des § 518 BGB nicht gewahrt ist. Was ist der Erfolg?"

Heck glaubt, die Werturteile des Gesetzes führten zu dem Ergebnis, daß der Beschenkte mindestens eine „alleinstehende Realobligation" erworben habe. Die Bereicherung des B. sei durch zwei Mittel beabsichtigt. Einmal sei ihm das Schenkungsversprechen gegeben, dann aber sei für ihn eine Hypothek bestellt worden. Durch die Bestellung sei das präsente Opfer gebracht, dessen Wirksamkeit nicht dadurch berührt werde, daß die persönliche Forderung nichtig gewesen sei.

Die herrschende Lehre nimmt hierzu an[9], daß für den Eigentümer gemäß § 1163 BGB eine Eigentümergrundschuld entstanden sei.

Der Mangel der Form hätte gemäß § 518 Abs. 2 BGB durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt werden können. Die

[9] RGZ 88, 366; 98, 126. Staudinger, § 1163. Bem. II, 1. M. Wolff, § 134, Anm. 6. RGR-Kom. § 1163, Anm. 2.

versprochene Leistung sei aber nicht die Bestellung der Hypothek, sondern die Zahlung des versprochenen Betrages. Diese Leistung sei nicht bewirkt worden. Die Hypothekenbestellung habe im vorliegenden Falle, ebenso wie die Bestellung eines Pfandrechtes zur Sicherung einer Forderung, nur der Sicherung der künftigen Erfüllung des Leistungsversprechens gedient, wäre aber nicht selbst Erfüllung des Versprechens gewesen [10].

Da eine persönliche Forderung des Beschenkten gegen den Grundeigentümer nicht zur Entstehung gelangt sei, habe der erstere trotz seiner Eintragung die Hypothek nicht erworben. Die Hypothek stände gemäß §§ 1163, 1177 BGB dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zu.

Auch hier finden sich eine Anzahl Meinungen, die aus den verschiedensten Gründen das Entstehen der Hypothek für den Beschenkten bejahen.

Recht beachtenswert erscheint der Standpunkt Reichel's [11]. Würde nämlich statt baren Geldes eine Hypothek gewährt, so sei diese Hypothekenbestellung in der Regel entweder Erfüllungsakt oder datio in solutum. Der romanisierenden Konstruktion, Hypothekenbestellung sei nicht Gewährung, sondern nur Sicherung, widerspräche die Verkehrsauffassung. Es sei daher eine Hypothek entstanden.

Die Forderungen der Zweckgemeinschaft und die in diesem Zusammenhang auftretenden materiellen Interessen sprechen eindeutig zugunsten der Heck'schen Lösung.

Diese Interessen halten jedoch nicht einer Gegenüberstellung mit den ideellen Interessen stand.

Der Annahme, daß de lege lata eine „Hypothek" zugunsten des Bedachten entstanden sein soll, steht das Wesen der Hypothek entgegen.

Im Gegensatz zur Grundschuld hat der Gesetzgeber bei der Hypothek das Bestehen einer Forderung zur wichtigsten Voraussetzung gemacht. Sie ist nicht nur für die Legitimation des Gläubigers von Bedeutung, sie bildet nicht nur eine Bedingung für den Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger und für die Fortdauer seines Gläubigerrechts, sondern von ihr hängt der Bestand des dinglichen Rechts als Hypothek ab.

Der Gesetzgeber bringt dies wiederholt zum Ausdruck. Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Akzessorietät der Hypothek wird in § 1153 BGB gemacht, wonach bei der Abtretung der Hypothek die Forderung nicht ohne die Hypothek und die Hypothek nicht ohne die For-

---

[10] RGZ 71, 289; ähnlich für den Fall eines schenkungshalber gegebenen Wechselakzepts.

[11] Reichel in DJZ 1907, S. 112.

derung übertragen werden kann. Wir können uns auch auf die §§ 1154 BGB sowie 830 ZPO berufen, wonach die Abtretung und Pfändung der Forderungen, für die eine Hypothek bestellt ist, an besondere Formen geknüpft ist.

Aus der einzigen Ausnahme — § 1138 BGB — läßt sich das Gegenteil nicht beweisen. Diese war im Verkehrsinteresse wegen des im Grundbuch herrschenden Publizitätsprinzips erforderlich.

Solange das Gesetz für die Hypothek das Bestehen einer Forderung voraussetzt, und solange es auf dem Boden einer strengen Akzessorietät steht, dürfen wir davon nicht ohne wichtigen Grund abweichen. Ein solcher Grund kann aber nur dann eine Abänderung herbeiführen, wenn ihm die gleichen Werte beigemessen werden können, wie den durch das Gesetz zum Ausdruck gebrachten ideellen Interessen.

Etwas Derartiges liegt nicht vor. Wir müssen daher aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber die Hypothek zu einem streng akzessorischen Recht ausgestaltet hat, entnehmen, daß sie nie Erfüllung, sondern stets nur Sicherung sein soll. Ein anderes Ergebnis würde de lege lata der Interessenlage kaum entsprechen.

Der Sinn und Zweck des Gesetzes läßt aus den Normen, die zwar auf dem Standpunkt der Akzessorietät stehen, eindeutig erkennen, daß die materiell wirksam bestellte Hypothek wie auch die Forderung nichts weiter als die Sicherung des Rückleistungsanspruchs darstellen sollen.

Die Heilung des gemäß § 518 BGB nichtigen Schenkungsversprechens durch die Bestellung einer Hypothek kann daher, gleichgültig welche Stellungnahme wir in der Frage der Akzessorietät des Pfandrechts einnehmen, nicht der ideellen Interessenlage unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks entsprechen.

Auch Heck muß hier Zweifel gehabt haben. Er glaubt zunächst, daß durch die Hypothekenbestellung der Formmangel des Schenkungsversprechens geheilt werde. Gleich darauf bringt er einschränkend zum Ausdruck, daß der Beschenkte mindestens eine „alleinstehende Realobligation“ [12] erworben haben müsse.

Ist nun der Beschenkte durch Eintragung zum Inhaber einer „alleinstehenden Realobligation“ oder vielleicht einer Grundschuld im Sinne der §§ 1193 ff. BGB geworden?

So begrüßenswert die Bejahung dieser Frage vom Gesichtspunkt der Zweckgemeinschaft ist, so bedenklich erscheint dies vom Standpunkt der ideellen Interessen.

Der angeschaute Fall trifft wie der Simulationsfall eine Gesetzeslücke.

---

[12] Heck, Sachenrecht, S. 357.

Gleich den materiellen Interessen beruhen die ideellen Interessen auf Bedürfnissen, denen jedoch andere Motive zugrunde liegen. Die ideelle Interessenlage steht der materiellen dann nicht entgegen, wenn wie im Regelfall ideelle und materielle Interessen gleichgerichtet sind. Dies wird meistens der Fall bei den „gewollten Gesetzeslücken" sein.

Im Schenkungsfall treten derartige Bedürfnisse nicht auf. Auch hier handelt es sich um eine, vom Gesichtspunkt der Zweckgemeinschaft aus gesehen, nicht ausfüllungsbedürftige Lücke.

Die ideellen Interessen werden uns dies unter Berücksichtigung des Gesetzeszweckes bestätigen.

Das Gesetz hat den Parteien die Möglichkeit gegeben, eine Grundschuld zu bestellen. Sie haben davon keinen Gebrauch gemacht, sondern sich einer Form bedient, die einen unerwünschten Erfolg herbeiführte. Ein gesetzliches Bedürfnis, diesem Ergebnis Abhilfe zu gestatten, liegt nicht vor. Es würde gegenüber den Verkehrsinteressen kaum Stand halten, deren Ziel im Sachenrecht ist, eine gewisse Stetigkeit der Begriffe, der Rechte und damit der tatsächlichen Verhältnisse zu schaffen. Dies bringt der Gesetzeszweck klar zum Ausdruck, indem er an den numerus clausus die Beschränkung der Vertragsfreiheit knüpft. Gerade hier hat sich der Wille des Einzelnen dem höheren Gebot der Verkehrsinteressen zu beugen, da ja jede sachenrechtliche Veränderung in den Rechtsbeziehungen einer Partei unmittelbar deren Vermögen trifft. Es geht nicht an, aus diesem „Hypothekeneintrag" frei nach Parteivereinbarung das Bestehen einer Grundschuld anzunehmen. Abgesehen von den ungeheuren Schwierigkeiten, denen die Parteien ausgesetzt werden, würde dadurch das gesamte Grundbuchwesen illusorisch werden.

Die Beachtung gewisser Formalien ist nun einmal im Sachenrecht zwingendes Erfordernis. Wir können uns von ihnen nicht freimachen, denn sie stellen vielfach symbolisch die Rechtsänderung dar. Die Verkehrsinteressen, die hier auftreten, beruhen zum größten Teil auf den Bedürfnissen nach Wahrheit, Klarheit und Einfachheit der Grundbucheintragung.

So wünschenswert das von Heck gefundene Ergebnis ist, weil es ja tatsächlich den „gewollten Erfolg" der Pfandrechtsbestellung herbeiführt, so bedenklich ist es, wollte man um dieses Zweckes willen die dagegen sprechenden ideellen Interessen bei der Abwägung unberücksichtigt lassen.

Unter Beachtung des Gesetzeszwecks müssen wir de lege lata zu dem Ergebnis gelangen, daß für den A eine Eigentümergrundschuld entstanden ist. War das Schenkungsversprechen des A wirklich ernsthaft, dann ist es ja für ihn eine Kleinigkeit, die Umschreibung in eine Grundschuld für B zu erreichen.

3. Die Fälle der Surrogatforderung.

Zur Sicherung eines, dem Eigentümer gewährten Darlehns wird auf Grund einer rechtswirksamen Einigung eine Hypothek bestellt und eingetragen. Der Darlehensvertrag erweist sich als nichtig, so daß dem Gläubiger eine condictio zusteht. Wie steht es mit der Hypothek?

Heck behauptet, daß dann eine Gläubigerhypothek entstanden sei. Dieses Ergebnis entspreche der Zweckgemeinschaft, denn die Abhängigkeit vom Zweck sei nach dem Parteiwillen zu bestimmen und kein unabhängiges, mit Naturgewalt eingreifendes Tatbestandselement.

Im Gegensatz hierzu vertritt die Praxis [13] und der überwiegende Teil der Rechtswissenschaft [14] die Ansicht, daß die Voraussetzungen des § 1163 Abs. 1 BGB. vorlägen und mithin eine Eigentümergrundschuld entstanden sei.

Die ursprüngliche Forderung, mit der die Hypothek bekleidet gewesen sei, sei von vornherein nichtig gewesen. Es habe mithin nie eine Hypothek entstehen können. Die dem Gläubiger infolge der Hingabe des Darlehns zustehende Bereicherungsforderung sei in ihrer Rechtsnatur und ihrem Inhalt von der Darlehnsforderung so verschieden, daß sie nicht an die Stelle der anderen treten könne.

Eine andere, als die Forderung, für die die Hypothek zunächst bestellt wurde, könne im Falle des § 1163 Abs. 1 BGB. nur dann in Betracht kommen, wenn die Eigentümergrundschuld gem. §§ 1148, 873, 877 BGB. in eine Hypothek für die andere Forderung umgewandelt sei [15].

Da dies nicht geschehen sei, bestehe für die eingetragene Hypothek keine Forderung. Mithin sei gem. § 1163 BGB. eine Eigentümergrundschuld entstanden.

Wir sehen, daß Heck bei der Interessenforschung auf den feinen Unterschied gestoßen ist, der zwischen den Fällen besteht, in denen sich die Nichtigkeit des obligatorischen Vertrages nach der Hingabe des Darlehns herausstellt und jenen, bei denen ein Darlehn nicht zur Auszahlung gelangte. Das von ihm gefundene Ergebnis läßt die Vermutung zu, daß er der Meinung ist, § 1163 BGB. sei lediglich auf die Fälle anzuwenden, wo dem Gläubiger eine condictio infolge des auf Grund eines nichtigen Vertrages gewährten Darlehns zustehe.

Vom Gesichtspunkt der Zweckgemeinschaft eine sicher recht beachtliche Stellungnahme, die einen gesteigerten Schutz gegen unzuverlässige Schuldner schaffen würde.

---

[13] RG in JW 1911, 653.

[14] Staudinger, § 1163 II, 1, b. M. Wolff, § 134, I, Anm. 6. Planck, § 1163, 3, a.

[15] Planck, § 1163 Anm. 3, b.

Das Gesetz wertet die Interessen in solchen Fällen jedoch anders. Es verneint auch hier im Hinblick auf den Zweck der Grundpfandrechte unter Berücksichtigung der ideellen Interessen das Vorliegen eines „zwingenden Bedürfnisses".

Auch Heck hatte im angeschauten Fall Bedenken. Einmal bezeichnet er die Interessenlage als zweifelhaft. Dann aber begründet er dies Ergebnis lediglich mit Forderungen der Zweckgemeinschaft.

Schon in den vorhergehenden Fällen haben wir gesehen, daß die obligatorischen Elemente des Pfandrechts mit Recht weitestgehend durch die Verkehrsinteressen eingedämmt sind. Dazu kommt eine reine Zweckmäßigkeitserwägung, die bei der Wertung der auftretenden Interessen zugunsten der gegen das Entstehen eines Fremdpfandrechts vorhandenen ideellen Interessen zu werten ist. Sie läßt sich in folgende Frage kleiden:

„Welche Erwägungen bestimmen das Gesetz, die für die Bestellung der Hypothek kausale Forderung zunächst nichtig sein zu lassen, um sie gleich darauf wieder zur Grundlage desselben Pfandrechts zu machen?"

Hierauf läßt sich keine, sowohl der Zweckgemeinschaft als auch dem Willen des Gesetzes und der Interessenlage gerecht werdende Antwort finden. Es wird immer eine Kollision zwischen den Forderungen der Zweckgemeinschaft einerseits und den ideellen Interessen andererseits, auftreten, wobei sich die materiellen Interessen den höheren Geboten beugen müssen.

Wenn oben behauptet wird, daß ein zwingendes Bedürfnis zur Annahme eines Fremdpfandrechts nicht vorliege, so bedarf es hierbei des Hinweises auf die §§ 1198, 873, 877 BGB., wonach den Parteien die Möglichkeit der Umwandlung ohne weiteres eingeräumt ist. Zur Befriedigung des „materiellen Bedürfnisses" ist mithin durch das Gesetz Rechnung getragen, der gewünschte Erfolg kann herbeigeführt werden. Wenn nun die Beteiligten von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch machen, so ist dies lediglich ihre Sache, durch die die Annahme eines „zwingenden", ideelle Interessen hervorrrufenden Bedürfnisses nicht gerechtfertigt erscheint. Dazu treten noch die Verkehrsinteressen, die gegen die Entstehung einer Fremdhypothek sprechen.

Eine Entscheidung im Sinne der Zweckgemeinschaft würde de lege lata leicht zur Gesetzesuntreue führen, denn der einheitliche, die Verkehrsinteressen zum Ausdruck bringende Wille des Gesetzes würde Gefahr laufen, verstümmelt zu werden.

Den größten Wert müssen wir wieder den zu ideellen Interessen umgewerteten allgemeinen Prinzipien des Sachenrechts beimessen, die gegen die Annahme einer Gläubigerhypothek sprechen.

Die Beschränkung der Vertragsfreiheit im Sachenrecht, sowie die sich aus dem, auch von Heck anerkannten numerus clausus, ergebenden Interessen, sind Momente, die sich durch freie Vereinbarungen de lege lata nicht umgehen lassen, zumal die Frage des „zwingenden Bedürfnisses" im vorliegenden Fall zu verneinen war. Ohne hier von den begriffs-logischen Ideen der herrschenden Lehre auszugehen, sind wir zu einem übereinstimmenden Ergebnis gelangt, daß de lege lata in den dem Surrogationsfall gleichgelagerten Fällen das Entstehen einer Eigentümergrundschuld anzunehmen ist.

4. Die Zweckgemeinschaft bei den Erlöschungsgründen, dargestellt am Verzichtsproblem.

„Der Hypothekengläubiger A vereinbart mit dem Eigentümer B, der zugleich persönlicher Schuldner ist, daß A auf seine persönliche Forderung verzichte und sich mit der Hypothek begnüge. Der Anlaß hierzu soll sein, daß B Aussicht hat, sein Haus zu verkaufen, aber er zweifelt daran, daß der Käufer die persönliche Schuld übernehmen wird. Er benutzt geschäftliche Verhandlungen mit dem Gläubiger, um einen Verzicht zu erreichen. Der Gläubiger erklärt sich bereit, wegen anderer Vorteile und deshalb, weil er die dingliche Sicherheit für genügend hält. Welcher Erfolg tritt nun ein, wenn die Parteien sich mit der formlosen Abrede begnügen und die formgerechte Umwandlung in eine Grundschuld unterlassen?"

Nach Heck erlischt in diesem Falle die persönliche Forderung des A. Das Grundpfandrecht bleibe bestehen, gleichgültig ob man es als „forderungsfreie Hypothek" oder „latente Grundschuld" bezeichne[16].

Jedes andere Ergebnis sei unbefriedigend, da es sich nur um Folgerungen aus dem Anlehnungsdogma handele. Beschränke man die Wirkungen dieses Dogmas auf die Forderungen der Zweckgemeinschaft, dann ergäbe sich, daß die Parteien die persönliche Forderung aufheben könnten, ohne die Realforderung zu ändern, denn was für den Zwangsvergleich gelte, müsse auch für den Erlaßvertrag dieses Inhalts möglich sein. Im übrigen sei auch gar nicht abzusehen, welche Interessen geschädigt würden, wenn die Vereinbarung die gewollte Wirkung ausübe, denn die Rechtsordnung habe doch nichts gegen die beabsichtigte Interessenlage einzuwenden, zumal sie den Parteien in der Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld ein adäquates Mittel gäbe. Die zur Umwandlung erforderliche Eintragung habe für Dritte keinerlei Interesse. Das Ergebnis dürfe nicht dem Parteiwillen widersprechen.

Vielfach ist man[17] der Ansicht, daß nach den Bestimmungen des § 1163 BGB. eine Eigentümerschuld entstanden ist.

[16] Heck, S. R. S. 357.

[17] M. Wolff, S. R. § 144, I, 3. Hirschfeld, S. 96; RGR-Kom. § 1163,

Gebe der Gläubiger gem. § 397 BGB. seine Forderung durch Vertrag mit dem Eigentümer auf, so sei dies ein rechtswirksamer Grund für das Erlöschen seines obligatorischen Anspruchs. Die Hypothek sei jetzt ohne Forderung, und lägen mithin die Voraussetzungen des § 1163 Abs. 1 BGB. vor, denn der Grund des Erlöschens sei ja völlig gleichgültig.

Das Reichsgericht hat bei einer, diesen Fall betreffenden Entscheidung, die bindende Kraft des Anlehnungsdogmas stark erschüttert [18], ohne jedoch die Folgen daraus zu ziehen.

Die Kernfrage, ob der Gläubiger trotz des Verzichts die persönliche Forderung doch geltend machen könne, ist nicht beantwortet worden.

Nach anderer Ansicht [19] soll die vorliegende Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer unwirksam sein. Der gewollte Erfolg könne vielmehr allein durch die, nur mit Zustimmung des Eigentümers zulässige Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld erreicht werden.

Der Gläubiger sei daher Inhaber der Hypothek geblieben.

Schließlich finden sich Stimmen für das von Heck vertretene Ergebnis.

Die Hypothek könne, insoweit sie Haftung für die dingliche Schuld sei, sich zu voller Selbständigkeit gegenüber der persönlichen Schuld entfalten. Sie könne sich sogar von jeder persönlichen Schuld ablösen und in eine neue Form der reinen Sachhaftung übergehen, nämlich in die Grundschuld [20].

Man könnte in diesem Falle geneigt sein, jede von Heck abweichende Lösung für unbillig zu halten, da die Parteien ja nichts weiter wollen, als aus einer Hypothek eine Grundschuld zu machen. Der Gesetzgeber hat dies nicht verboten. Das Problem ist jedoch, ob eine derartige Umwandlung durch freie, formlose Parteivereinbarung und ohne Veränderung des Grundbuchs durch die Interessenlage gerechtfertigt erscheint.

Diese Frage ist zu verneinen.

Die materielle Interessenlage macht die Eintragung der Rechtsänderung nicht erforderlich. Es ist klar, daß es den Nachposten gleichgültig ist ob das Vorrecht eine Hypothek oder Grundschuld ist. Da-

---

Anm. 5; Biermann, § 1163, Anm. 1; Staudinger, § 1163, II, 1, b; Walsmann: Der Verzicht, S. 267, bringt den Gedanken für den Verzicht auf einen Teilbetrag der hypothekarisch gesicherten Forderung.

[18] RGZ 128, 243 ff.

[19] Planck, § 1163 BGB. Bem. 4, a; Güthe-Triebel, § 22 GBO, Bem. 15.

[20] Otto Gierke, Sachenrecht, S. 843. In ähnlichem Sinne auch Hachenburg, Vorträge, II. Auflage, S. 598 ff.

mit ist aber noch nicht der Beweis erbracht, daß die Eintragung rechtspolitisch überflüssig ist.

Die auf Forderungen der Zweckgemeinschaft beruhenden materiellen Interessen können nicht nur auf einen bestimmten Erfolg, sondern sie müssen auch auf die „Zweckmäßigkeit" dieses Erfolges abgestellt sein. Der formlos, auf Grund mündlicher Vereinbarung herbeigeführte Erfolg, wäre im Hinblick auf das Gesetz gar nicht zweckmäßig, denn schon der einfachste Fall der Rechtsnachfolge würde einen derartigen Wulst von Schwierigkeiten hervorrufen, daß wir ein solches Ergebnis schwerlich als „interessengemäß" ansehen können.

Unterstellen wir jedoch, daß die materiellen Interessen das Entstehen einer Grundschuld für den Gläubiger rechtfertigen, so haben wir bei der Ausfüllung der Gesetzeslücke uns mit der Frage auseinanderzusetzen, ob ein „zwingendes Bedürfnis" vorliegt.

Dies ist zu verneinen, denn das Gesetz hat einen einfachen und leicht begehbaren Weg zum Erreichen des vorgestellten Erfolges geschaffen. Wenn die Parteien die vom Gesetzgeber gewährten Mittel nicht in Anspruch nehmen und versuchen, die Veränderung von Sachenrechten auf anderen als im Gesetz vorgesehenen Wegen vorzunehmen, darf es nicht wunder nehmen, daß solche Geschäfte nach der ideellen Interessenlage unzulässig erscheinen.

Auch hier müssen sich die materiellen Interessen den Verkehrsinteressen beugen, die verbieten, zwingende Gebote des Liegenschaftsrechts zu durchbrechen, um völlig formfrei von der einen zur anderen Grundpfandrechtsform überzugehen. Noch unzulässiger wäre es, dadurch zu einer dem Gesetz fremden Form der Grundstücksbelastung zu gelangen. Das bürgerliche Gesetzbuch kennt weder eine „latente Grundschuld" noch eine „forderungsfreie Hypothek".

Die Verkehrsinteressen im Sachenrecht fordern wegen der ungeheueren Wichtigkeit sachenrechtlicher Verfügungen, daß die Parteien den gesetzlich vorgeschriebenen Weg gehen. Sie verlieren den Schutz des Gesetzes, wenn sie sich bewußt anderer Mittel bedienen.

Sie können sich, wie uns die Abwägung zeigt, den Wirkungen der ideellen Interessen, den höheren Geboten, nicht entziehen.

Gerade in diesem Zusammenhang sind die Fälle des Erlöschens der Hypothekenforderung ohne Aenderung des Grundbucheintrags in Beziehung mit dem gesamten Rechtsgebäude zu bringen.

Wie soll einmal diese mündliche Abrede bei einem Konkursverfahren bewertet werden? Was tritt ein, wenn der Eigentümer stirbt und der Erbe von der Vereinbarung zwischen Erblasser und Gläubiger nichts weis? Was geschieht, wenn ein gutgläubiger Dritter das formell noch bestehende Recht erwirbt? Wie kann ein Gläubiger des eingetragenen Grundpfandgläubigers das eingetragene Grundpfandrecht pfänden? Gerade bezüglich der letzten Frage darf auf die

Schwierigkeiten hingewiesen werden, die sich bei der „vorläufigen Eigentümerhypothek" ergeben. Derartige unübersichtliche Abmachungen laufen den Verkehrsinteressen zuwider. Diesen entspricht allein der vom Gesetz zugelassene Weg, die Hypothek durch Aenderung des Grundbucheintrags in eine Grundschuld umzuwandeln.

Die zu ideellen Interessen umgewandelten Grundbuchprinzipien erfordern, daß Rechtsveränderungen grundsätzlich durch Aenderung des Grundbucheintrags nach außen kundgetan werden.

So wenig de lege lata nach der Interessenlage das Entstehen einer Fremdgrundschuld angenommen werden kann, so wenig interessengemäß ist es, daß eine Eigentümergrundschuld entstanden sein soll.

Die sture begriffs-logische Gesetzesinterpretation geht hier mit keiner Spur auf die Parteiintentionen ein. Es wird gar nicht untersucht, inwieweit ihnen stattzugeben ist, ohne in Konflikt mit anderen Interessen zu geraten. Weil nun einmal § 1163 BGB im Wortlaut tadellos paßt, wird zu dieser Patentlösung gedankenlos gegriffen.

Die Interessenlage rechtfertigt vielmehr, daß der Gläubiger Inhaber der Hypothek geblieben ist. Dieses Ergebnis hat dem Reichsgericht[21] bestimmt vorgeschwebt, wenn vielleicht auf reinen Billigkeitserwägungen, als auf Interessenforschungen beruhend. Aus dem gleichen Grunde sind wohl auch Planck und Güthe-Triebel[22] zu ihrer Ansicht gelangt.

Fassen wir kurz das Ergebnis unserer Untersuchung zusammen, so sehen wir, daß die Abänderung dinglicher Rechte durch formlose Vereinbarung de lege lata überall dort möglich ist, wo „ein zwingendes Bedürfnis" die entsprechende Aenderung erforderlich macht. Nur in diesen Fällen verlagern sich die ideellen Interessen zugunsten von Zweckgemeinschaftsforderungen.

Rheinstein[23] hat in richtiger Wertung der ideellen Interessen hierzu gesagt:

„Man mag darüber diskutieren, eine gesetzliche Norm auszuschalten, deren Anwendung schwerwiegende Gegeninteressen gegenüberstehen. Aber soll schon die bloße Entbehrlichkeit dazu berechtigen?"

§ 4. Die vorläufige Eigentümerhypothek.

I. Der hypothekarische Schatten.

Das Problem der vorläufigen Eigentümerhypothek teilt Heck[1] auf Grund der Interessenlage in zwei Einzelfragen. Einmal inter-

[21] S. a. a. O.
[22] S. a. a. O.
[23] a. a. O. S. 2899.

essiert ihn der hypothekarische Schatten, zum anderen das vorläufige, noch nicht als solches eingetragene Eigentümerpfand [1].

Bei dem hypothekarischen Schatten handelt es sich um die Aussicht auf ein Eigentümerpfand, die bei der Bestellung jedes Grundpfandrechts mitentsteht.

Wie ist dieser Schatten rechtlich zu behandeln? Kann er in das Grundbuch eingetragen werden?

Die Stellungnahme hierzu wird durch die Beantwortung der Frage, ob mit der Gläubigerhypothek zugleich eine aufschiebend bedingte Eigentümerhypothek entsteht, stark beeinflußt.

1. Der Meinungsstreit.

Heck verneint diese Vorfrage, weil die „Aussicht", also der hypothekarische Schatten, weder geschützt werde noch zu schützen sei. Die Bestimmung des § 1183 BGB, aus der sich bekanntlich ergäbe, daß zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung einer Hypothek die Zustimmung des Eigentümers erforderlich sei, und die daher als Schutznorm in Betracht kommen könne, enthielte keinen Schutz persönlicher Interessen. Das Eigentümerpfand erlange stets der jeweilige Eigentümer und nicht der damalige Besteller, der nicht geschützt werde. Eine richterliche Ergänzung des Gesetzes sei hier abzulehnen, da sie durch die Interessenlage nicht gerechtfertigt erscheine. Der Eigentümer, der nur ein lukratives Interesse an der Erhaltung der Stelle habe, opfere dabei nichts auf. Seine Interessen seien übrigens nichts weiter als ein Reflex der „Nichtrechte der Nachberechtigten".

Heck versagt auch aus anderen Gründen die Zubilligung eines solchen subjektiven Rechts.

Er beruft sich hier zunächst auf die allgemeinen Vereinfachungsinteressen, die im numerus clausus der Sachenrechte Anerkennung gefunden haben. Weiter legt er dar, daß auch das Bedürfnis der Grundbuchentlastung dagegenspräche.

Die Eintragung des Schattens sei daher abzulehnen.

Obgleich Verpfändungen und Verfügungen hinsichtlich des hypothekarischen Schattens an sich für zulässig gehalten werden müßten — denn beide könnten ja auf zukünftige Rechte gehen — seien sie im vorliegenden Fall in ihrer Wirkung dadurch gehemmt, daß das betreffende Recht weder im Grundbuch stehe noch eingetragen werden könne.

Diese Aussicht auf eine Buchhypothek könne daher nicht abgetreten werden. Auch die Pfändung sei unzulässig, da diese zur vollen Wirksamkeit ebenfalls der Eintragung bedürfe.

Die Praxis [2] geht bei der Beantwortung der obigen Frage davon aus, daß der hypothekarische Schatten ein künftiges Recht sei,

[1] Heck, Sachenrecht, S. 358.

[2] RGZ 51, 115; 55, 334; 56, 14; RJA Band 2, 198; Band 5, 271; Band 8, 73; vergl. dazu Mayr, in Gruchots Beitr. 56, 553 ff.

das in einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis seine Grundlage habe. Man könne jedoch von dieser künftigen — latenten — Eigentümergrundschuld erst in dem Augenblick sprechen, in dem eine dinglich wirksame Fremdhypothek eingetragen sei. Das spätere Erlöschen der Forderung stelle dann die gesetzliche Bedingung für das Entstehen der Eigentümergrundschuld dar.

Hieraus sei nun zu folgern, daß die künftige Eigentümerhypothek im voraus übertragen, verpfändet und gepfändet werden könne. Der Eigentümer habe somit in dieser Hinsicht volle Verfügungsfreiheit jedoch mit der Einschränkung, daß die Eintragung derartiger Verfügungen im Grundbuch zunächst nicht möglich sei. Das Grundbuch wolle den öffentlichen Glauben, Vermutungen für das wirkliche Bestehen von Rechten begründen. Rechtsverhältnissen, bei denen dies der Natur der Sache nach nicht möglich sei, müsse es verschlossen bleiben. Dies ergäbe sich unter anderem aus § 40 GBO, demzufolge das von der einzutragenden Verfügung betroffene Recht ein gegenwärtiges und eingetragenes sein müsse [3].

Von anderer Seite wird die künftige Eigentümerhypothek sogar für ein unbedingtes und unbefristetes dingliches Recht gehalten, jedoch mit der Maßgabe, daß, solange die Hypothek bestehe, nur der Hypothekengläubiger zur Verfügung über die fragliche Rangstelle für berechtigt gehalten wird [4]. In dieser Zeit stehe dem Eigentümer eine Verfügungsbeschränkung entgegen, der dieselbe Wirkung wie einem absoluten Verfügungsverbot i. S. des § 134 BGB zukomme.

Diesen Auffassungen wird von einem großen Teil der Rechtslehre entgegengetreten [5]. Der hypothekarische Schatten verschaffe dem Eigentümer nur eine ungewisse Aussicht, die Hypothek einmal zu erwerben. Eine derartige Anwartschaft könne nicht als Vermögensrecht gewertet werden, das einem Dritten übertragen oder an dem ein Dritter ein vollwirksames Recht erwerben könne. Der Eigentümer könne erst in dem Augenblick über die Hypothek verfügen, in dem für ihn das Recht „an" der Hypothek entstehe, und in dem er gegen den formell Berechtigten einen Berichtigungsanspruch habe.

Zum Schluß sei noch auf die Ausführungen Oberneck's [6] verwiesen, die auf beide hier angeschnittenen Fragen zu beziehen sind, da das Recht auf die künftige Eigentümerhypothek inhaltlich nicht von dem Recht der gegenwärtigen Eigentümerhypothek unterschie-

---

[3] Insbes. RGZ 61, 347; 72, 276; 75, 250. RG in JW 1912, 297.

[4] Güthe, GBO, II, S. 1146 ff.

[5] Henle, i. Recht 06, 69; 09, 420; M. Wolff, S. R. § 146, III, 1. LG München in Seuff. Bl. 71, 161. RGR-Kom. Bem. 3 a zu § 1163 BGB. Staudinger, § 1163, IV, 2, e.

[6] Oberneck, Gruch. Beitr. 50, 586 ff.

den werden könne[7]. Die künftige Eigentümerhypothek sei nicht nur eine bloße Aussicht auf den künftigen Erwerb des in der Hypothek enthaltenen Grundstückswertes, sondern ein Teil des Eigentumsinhalts, der das Grundstück in seiner Eigenschaft als Wertgegenstand im Rahmen des in der Hypothek enthaltenen Wertes mit der Bestellung der Hypothek umfasse. Dieser sei nur solange gebunden, als eine materielle Gläubigerhypothek bestehe.

Bejahe man die Frage, ob die künftige Eigentümergrundschuld ein Recht sei, so sei sie auch der Eintragung in das Grundbuch zugänglich. Seien erst einmal Grundstücksrechte Gegenstand des Verkehrs, so müssen sie, soweit das Gesetz nicht positiv etwas anderes bestimme, auch eingetragen werden können.

2. Die Wertung der auftretenden Interessen.

Mehr gefühlsmäßig sind die meisten der Vertreter der begriffslogischen Gesetzesauslegung zu dem zutreffenden, von Heck durch Abwägung der in Frage kommenden Interessen gefundenen Ergebnis gelangt, dem zuzustimmen ist.

Heck hat hier bei der Interessenabwägung den ideellen Interessen gegenüber den materiellen das erforderliche Gewicht beigelegt. Er verweist vorbehaltlos auf die zu ideellen Interessen umgewerteten allgemeinen Prinzipien des Liegenschaftsrechts.

Bedenklich erscheint mir an seiner Lösung nur, daß er annimmt, die Interessenlage rechtfertige jedoch nichteingetragene Pfändungen und Verfügungen.

Dagegen sprechen doch sowohl die Zweckgemeinschaftsideen als auch die Verkehrsinteressen. Eine dingliche Wirkung ist solchen Verfügungen auf Grund der Verkehrsinteressen nicht beizumessen. Es kann sich hierbei höchstens um obligatorische Verpflichtungen zu einem gewissen Tun oder Unterlassen handeln. Dies würde aber wieder der Zweckgemeinschaft zuwiderlaufen, nach der eine rechtswirksame Verfügung von den Beteiligten gewollt war. Der hierdurch beabsichtigte Erfolg wird, wie Heck selbst zutreffend ausführt, durch das Gesetz nicht geschützt. Nicht einmal der Eigentümer, geschweige denn ein Dritter, der von ihm seine Rechte ableitet, kann sich auf den Schutz des Gesetzes berufen, da ja die Verkehrsinteressen die Wirksamkeit der Verfügung über ein Recht am Grundstück von der Eintragung abhängig machen. Gegen derartige Eintragungen sprechen wiederum die Verkehrsinteressen, sodaß jede derartige Verfügung nach dem Willen des Gesetzes unwirksam ist. Damit erledigt sich auch die Oberneck'sche Auffassung.

---

[7] So auch Seuffert, Bayr. Rechtspfl. Z. 1906, 50.

II. Die vorläufige Eigentümerhypothek.

Den Fällen der vorläufigen Eigentümergrundschuld liegen andere Interessen zugrunde.

Es handelt sich hierbei um das Problem, wie die analogen Fragen des hypothekarischen Schattens für eine auf den Namen des Gläubigers eingetragene Hypothek, für die eine aufschiebend bedingte oder künftige Personalforderung bestellt wurde, zu beantworten sind.

1. Der Meinungsstreit.

Heck meint, es sei zwischen der Behandlung der „Aussicht" und des präsenten, wenn auch bedingten Rechts, ein grundlegender Unterschied zu machen. Dieser beruhe darauf, daß die Vorfrage im zweiten Falle in positivem Sinne zu beantworten sei. Er stellt weiterhin fest, Gesetzesinhalt und Interessenlage seien anders als im vorhergehenden Falle.

Hier erkläre das Gesetz durch § 1163 BGB den derzeitigen Eigentümer für den Inhaber des Rechts. Diese Rechtsgewährung sei durch die Interessenlage gerechtfertigt. Das Interesse des Eigentümers sei kein lukratives, beruhe nicht auf Reflexwirkung, sondern sei ein „wohlerworbenes". Dieses Recht behielte er, selbst wenn das Grundstück später veräußert würde. Da die vorläufige Eigentümerhypothek bei genauer Prüfung der Interessen nichts anderes sei, als ein bei Bestellung der Hypothek zurückgebliebener Rest des Eigentums[8], sei sie ebenso schutzwürdig wie das Eigentum selbst.

Es sei daher nicht einzusehen, weshalb dieses Recht nicht eingetragen werden könne. Die Interessen des Hypothekars würden hier nicht gefährdet. Träte die Bedingung ein, dann könne das Grundbuch immer noch berichtigt werden.

Soweit der Eigentümer das Recht zur Berichtigung habe, könne er auch zur Möglichkeit der Verfügung gelangen. Gleiches habe für seine Gläubiger zu gelten, die diesen Berichtigungsanspruch pfänden könnten.

Die Praxis lehnt heute die Zulässigkeit der Eintragung solcher Verfügungen grundsätzlich ab[9].

Ursprünglich wurde vielfach der Standpunkt vertreten, daß der einzutragende Eigentümer, auf dessen Grundstück Hypotheken laste-

---

[8] Heck nähert sich in diesem Punkte stark der Oberneck'schen Auffassung.

[9] Insbes. RGZ 75, 245; 120, 112.

[10] KGJ 20 A. 190; Bayr. OLG in Bayr. Rpfl. Z. 1, 350; OLG Jena, in Rspr. 3, 198; OLG Dresden, Rspr. 6, 272; OLG Rostock in Zbl. f. G. 5, 225; Turnau-Förster, II, § 40, I, 10; Hirsch in Arch. b. R. 25, 246; Bruck, S. 220, 237.

ten, bereits als eingetragener Inhaber dieser Hypotheken gelte. § 40 GBO passe für die Eigentümerhypothek nicht, weil der Uebergang auf den Eigentümer sich kraft Gesetzes vollziehe. Wolle man § 40 GBO auch für Eigentümergrundschulden für anwendbar halten, so müsse man dieselben Voraussetzungen für die Eintragung einer Vormerkung aus § 1179 BGB fordern. Daß dann aber diese vom Gesetz ausdrücklich gestattete Vormerkung überhaupt nicht zur Eintragung gelangen könne, sei klar. Es bedürfe einer vorherigen Eintragung des Eigentümers als Grundstücksberechtigten nicht. Die Pfändung bzw. Verpfändung könne ohne weiteres eingetragen werden.

Das Reichsgericht sagte anfangs hierzu, daß der Eigentümer nur dann über etwas verfügen könne, wenn ihm ein Recht zustehe. Es bestand die Ansicht[11], daß die Eigentümerhypothek bei der Höchstbetragshypothek erst entstehe, wenn nach Maßgabe des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts entschieden sei, daß und in welchem Betrage die Forderungen, zu deren Sicherheit die Hypothek bestellt war, nicht zur Entstehung gelangt seien.

Neuerdings[12] wird diese Ansicht weitestgehend eingeschränkt. Es könne dahingestellt bleiben, ob nicht schon während der Schwebezeit ein der dinglichen Verfügung des Eigentümers unterworfenes Recht bestehe. Trotz des Bestehens eines solchen Rechts wird die Zulässigkeit der Eintragung verneint, weil neben dem Vermerk der Hypothek, die dazu bestimmt sei, mit dem Entstehen der Forderung eine vollwertige Gläubigerhypothek zu werden, im Grundbuche kein Raum sein könne, für die mit der Eintragung entstandene Eigentümergrundschuld, deren Bestimmung dahingehe, mit dem Entstehen der Forderung zu erlöschen.

Da das Gesetz die Bestellung einer Hypothek für eine künftige Forderung vorsehe und mit der Eintragung des Vermerks für diese Hypothek eine durch die Entstehung der Forderung auflösend bedingte Eigentümergrundschuld ins Leben treten ließe, brächte es gleichzeitig zum Ausdruck, daß während des Schwebens der Bedingung die Eigentümergrundschuld nicht zur Darstellung zu gelangen habe.

Aus der Nichteintragbarkeit der Eigentümergrundschuld während des Schwebezustandes folge aber ohne weiteres, und dies stelle § 40 GBO noch besonders klar, daß etwa zulässige Abtretungen oder sonstige dingliche Verfügungen nicht eingetragen werden könnten.

Diesen Standpunkt hat das Reichsgericht konsequent beibehalten und stellen die von Heck zitierten Entscheidungen keinen Widerspruch hierzu dar[13].

---

[11] RGZ 51, 117; 55, 219; 61, 43; ferner OLG Dresden in Rspr. 11, 210.

[12] RGZ 75, 250 ff.

[13] Heck, Sachenrecht, S. 359; vgl. die ständige Rechtsprechung RGZ 61, 374; 72, 276; 75, 290; 97, 223; 120; 112.

Die zur wirksamen Pfändung einer vorläufigen Eigentümerhypothek erforderliche Eintragung wurde stets für unzulässig erklärt.

Die Frage, welche Bedeutung eine trotzdem vorgenommene Eintragung habe, wird dahin beantwortet, daß dies „überhaupt nicht grundsätzlich, sondern nur von Fall zu Fall entschieden werden könne".

Es sei zu betonen, daß nicht jede an sich unzulässige Eintragung rechtsunwirksam sei. Letzteres träfe nur bei Eintragungen zu, die nach § 54 GBO dem Inhalt nach unzulässig seien.

Zunächst leide die Uebersichtlichkeit des Grundbuchs. Der Grundbuchverkehr werde durch derartige Eintragung höchstbedingter Rechte wesentlich erschwert. Dann stehe § 40 GBO dagegen [14], wonach das von der einzutragenden Verfügung betroffene Recht ein gegenwärtiges und eingetragenes sein müsse.

Die an und für sich aus formellen Gründen unzulässige Eintragung sei ausnahmsweise dann rechtswirksam, wenn es sich um einen klaren Eintrag handele und Pfandgläubiger sowie Pfandschuldner wie auch das mit dem Pfandrechte belastete Recht hinreichend deutlich bezeichnet werden [15].

Auch M. Wolff verneint die Möglichkeit der Verfügungen über die Eigentümergrundschuld, solange der Eigentümer als Berechtigter nicht eingetragen sei [16]. Es stehe zwar, solange die Bedingung nicht eingetreten sei, dem Eigentümer ein Berichtigungsanspruch zu, denn das Grundbuch sei unrichtig. Dieser Anspruch sei jedoch nicht durchsetzbar, da der eingetragene Gläubiger ein Recht darauf habe, die Hypothek zu erwerben [17].

Nach anderer Meinung rechtfertige die Bejahung einer ursprünglichen Eigentümerhypothek nicht mehr ein Vereiteln ihrer Pfändung durch Formvorschriften [18]. § 40 BGO stehe der Eintragung nicht entgegen, da der Eigentümerhypothekar auch schon vor Feststellung der Forderung gegenwärtig und nicht erst künftig berechtigt sei.

Zum Schluß sei kurz auf Oberneck hingewiesen [19]. Auch die bedingte Eigentümerhypothek stelle ein Recht dar, das der Eintragung in das Grundbuch zugänglich sei.

---

[14] Für die Anwendung des § 40 GBO sind außerdem? Biermann, § 1117 N. II; Fuchs, I § 1179 Nr. 8; Kretzschmar zu §§ 1163 ff. Bem. 4; Semmelmann, Beiträge zum pr. R. der Eigent.-Hyp. S. 121; Kober, § 1163, III, b; Herold, Z. Bl. f. G. I, 192; Achilles-Strecker GBO, S. 269 u. 270; Dronke, Z. Bl. f. G. I, 618.

[15] RGZ 120, 113; und die dort zitierten Entscheidungen.

[16] M. Wolff, Sachenrecht, § 153, III u. 10; derf. § 145, II, a. E.

[17] Hirsch, Gierke und RGZ 75, 26 leiten die Unzulässigkeit der Berichtigung daraus her, daß es sich um eine „vorläufige Grundschuld" handele.

[18] v. Mayr, in Gruch. Beitr. 56, 525 ff.

[19] Oberneck, in Gruch. Beitr. 50, 586 ff.

Da das Gesetz positiv nicht etwas anderes bestimme, müsse sie auch eingetragen werden können. Der Grundbuchrichter habe gar keine Möglichkeit vorherzusehen und mit Sicherheit bestimmen zu können, ob eine an sich zulässige Eintragung zulässig sein werde oder nicht. Das Prinzip der Einfachheit des Grundbuchs dürfe keineswegs überspannt werden, sonst könne der auf die Sicherheit der Grundstücksverhältnisse gerichtete Zweck der Grundbucheinrichtung in das Gegenteil verwandelt werden.

Jener Zweck werde häufig besser dadurch erreicht, daß eine Eintragung anscheinend überflüssigerweise erfolge, als daß sie gar nicht bewirkt werde. Der letztere Fall sei u. U. nicht mehr gut zu machen, während im ersteren materiell nie ein Schaden angerichtet werden könne.

2. Die eigene Stellungnahme.

Weder nach dem Gesetz, noch nach der Interessenabwägung ist die von der Praxis geübte Gleichbehandlung der Aussicht und des vorläufigen Eigentümerpfandes hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit gerechtfertigt. Die Praxis erkennt eindeutig an, daß der Eigentümer Inhaber des Rechtes sei. Lediglich formelle, durch die Normen der §§ 5, 6 und 40 der GBO sehr spitzfindig und dabei falsch begründete Bedenken sollen die Zulässigkeit des Eintrags in Frage stellen, die aber in dem Augenblick fortfallen, in dem die Eintragung vorgenommen wird. In der Tat eine typisch begriffs-logische Entscheidung, die den zwingenden Bedürfnissen nicht entfernt gerecht werden kann.

Wie stellt sich nun die Interessenlage im einzelnen dar?

Die materielle Interessenlage zwischen Eigentümer und dem bereits als „Hypothekar" eingetragenen Gläubiger steht der Verfügung über das materiell dem Eigentümer zustehende Pfandrecht nicht entgegen. Der Gläubiger gerät nicht in Gefahr. Er gewährt das Darlehn erst, wenn die Bedingung eintritt. Hat der Eigentümer dann die eingeräumte Stelle nicht frei, so kann der Gläubiger die Hingabe des Darlehns ohne weiteres verweigern. Ein Schaden kann ihm dadurch nie entstehen.

Die materielle Interessenlage zwischen dem Eigentümer und demjenigen Gläubiger, zu dessen Gunsten eine Verpfändung der vorläufigen Eigentümergrundschuld vorgenommen wurde, steht dieser Verfügung gleichfalls nicht entgegen. Der Gläubiger erhält den versprochenen Gegenwert, da seine Sicherung erreicht wird. Er verliert diese Sicherung nicht eher, als bis der Eigentümer seinen Pflichten nachgekommen ist, denn der Gläubiger muß seiner Löschung zustimmen. Der Eigentümer konnte in der Zeit, in der die mit dem als Hypothekar eingetragenen Gläubiger vereinbarte Bedingung schwebt, sein Vermögen zu Kreditzwecken benutzen. Das Grundstück war nicht verdammt, wirtschaftlich gesehen, „brach zu liegen".

Irgendwelche materiell-rechtlichen Schwierigkeiten können hier gar nicht entstehen. Es ist nicht einzusehen, weshalb diesen Lebensbedürfnissen nicht stattgegeben werden soll, zumal die ideelle Interessenlage nicht dagegen steht.

Nirgends läßt sich der Wille des Gesetzgebers ermitteln, daß Verfügungen über bedingte Rechte verboten, daß vor allem solche Verfügungen von der Eintragung ins Grundbuch ausgeschlossen sein sollen. Zur Ausfüllung dieser Gesetzeslücke im Heck'schen Sinne besteht ein zwingendes, auf Verkehrsinteressen beruhendes Bedürfnis.

Das Gesetz gibt dem Eigentümer ein Recht. Es ist nicht einzusehen, weshalb dieses Recht von vornherein eine „Totgeburt" sein soll, weshalb es nur zum Ansehen geschaffen wurde.

Aus dem Schweigen des Gesetzes den Grund dafür zu finden, ist doch wohl etwas sehr gewagt. Da, was zugegeben werden soll, die Eintragung eines solchen Rechts natürlich ein wenig Kopfzerbrechen macht und nicht völlig mit lebensfremden, begriffslogischen Vorstellungen in Uebereinstimmung zu bringen war, suchte man Bestimmungen. Man fand die §§ 5, 6 und 40 GBO und konstruierte nun tüchtig, z. T. mit „Wortinterpretation", drauf los. Das Ergebnis mußte dann wie jene Reichsgerichtsentscheidung[20] ausfallen, der man nur verständnislos gegenüberstehen kann.

Wesen und Zweck der Grundbuchgesetzgebung war es, eine sichere Grundlage und sichere Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen zu schaffen. In auffälligem Gegensatz zum römischen Recht hat hier bereits das ältere deutsche Recht sich bemüht, die besonders wichtigen Eigentums- und Pfandansprüche auf unbewegliche Sachen nach außen so zu sichern, daß allen Beteiligten möglichst einfach Kenntnis vermittelt wurde und sie selbst gleichzeitig dadurch gegen Störungen und Verdunkelungen geschützt waren.

Der Hauptzweck des Grundbuchs konnte nun nur dadurch erreicht werden, daß bei allen Eintragungen gewisse Selbstbeschränkungen auferlegt werden mußten. Dies ist z. B. in § 1115 BGB zum Ausdruck gebracht, wo genau festgelegt wurde, was zum rechtswirksamen Eintrag einer Hypothek erforderlich ist. Die Besorgnis vor einer Verwirrung des Grundbuchs wird in den §§ 5 und 6 GBO betont. Es sollen nicht alle irgendwie denkbaren Rechtsverhältnisse, von denen unbewegliche Sachen und die an ihnen bestehenden Rechte überhaupt betroffen werden können, zum Gegenstand von Eintragungen gemacht werden. Ein solches Bestreben, vorausgesetzt daß es überhaupt durchführbar ist, würde die beabsichtigte Kürze, Einfachheit und Uebersichtlichkeit der Grundbücher illusorisch machen.

Diese Grundsätze sind als Niederschlag ideeller Interessen zu werten. Sie stehen der Eintragung der vorläufigen Eigentümergrund-

[20] RGZ 120, 110.

schuld nicht entgegen, da durch diese Eintragung die Besorgnis der Verwirrung nicht gegeben ist.

§ 40 GBO, der einen Hinweis auf das Gebot der Klarheit und die Vereinfachungsinteressen enthält, schließt die Eintragung nicht aus.

Solange Eintragungen i. S. des § 54 GBO nicht unzulässig sind, sind sie auch nicht rechtsunwirksam. Dem § 40 GBO wird hier quasi die Rolle eines Siebes zugeschrieben. Die durch ihn zum Ausdruck gebrachten Interessen beruhen rein auf formellen Forderungen, die überall dort zurückzutreten haben, wo „ideelle Bedürfnisse" zu einer gerechten, dem Zweck des Gesetzes entsprechenden Lösung drängen. Ordnungsnormen dürfen, so berechtigt sie an sich sind, nie zu Hemmschuhen des Rechtslebens werden. Die übermäßige Bewertung der durch § 40 GBO zum Ausdruck gebrachten ideellen Interessen würde gegen den Gesetzeszweck verstoßen und zu dem unbilligen, von der Praxis vertretenen Ergebnis führen. Daß dem § 40 GBO in diesem Rahmen nur geringe Bedeutung zukommt, beweist uns das Reichsgericht, das klar zum Ausdruck bringt, daß der einmal vorgenommene Eintrag rechtswirksam ist und für die Verfügung konstitutiv wirkt.

Dieses Einlenken zeigt deutlich, in welcher Zwickmühle sich das Reichsgericht befindet, wie lebensfremd und rein formalistisch es hier den Lebensbedürfnissen gegenübersteht.

Die Abwägung in diesen beiden Fällen hat deutlich den Interessengegensatz zum Ausdruck gebracht. Diese feinen Unterschiede lassen sich nicht begriffs-logisch erfassen. Wir müssen tiefer dringen, um die für die Interessen kausalen Bedürfnisse aufzuspüren, mit deren Hilfe wir zu einer richtigen Wertung bei der Abwägung gelangten.

Damit erledigen sich auch die Kontroversen, die zum größten Teil auf formalistischen und kurzsichtigen Bedenken bestehen.

§ 5. Die Bordellhypothek.

1. Der Meinungsstreit.

Dem letzten Fall liegt das Problem der Wirkung sittenwidriger Geschäfte auf die Bestellung einer Hypothek zugrunde.

Fall:

„A. hat dem B. ein Haus mit Bordelleinrichtung zu dem Zwecke verkauft, daß B. ein Bordell betreibt. Für den Kaufpreis ist dem A. eine Hypothek bestellt worden. Welche rechtlichen Wirkungen ergeben sich hieraus?"

Nach Heck[1] entspricht es der Endabsicht unseres Gesetzgebers, daß infolge des Nichterwerbs der Hypothek durch den A. der B. nicht Eigentümer des veräußerten Grundstücks geworden sei.

Die von der herrschenden Lehre vertretene Ansicht, B. habe mit dem Grundstück gleichzeitig eine Eigentümergrundschuld erworben, da die zugrunde liegende Forderung nicht zur Entstehung gelangt sei, stelle eine Vereitelung des Gesetzeszweckes dar. Diese beruhe auf drei unzutreffenden Rechtsansichten:

a) Die dinglichen Rechtsgeschäfte seien nach der herrschenden Auffassung von der Sittenklausel des § 138 BGB befreit, weil man keine Abwägung zwischen „sittengeschützten Allgemeininteressen und den Verkehrsinteressen" vornehme. Da eine dingliche Rechtsänderung geeignet sei, die Sittlichkeitsinteressen in der durch § 138 BGB verpönten Art zu verletzen, läge keine Veranlassung vor, diese Sittlichkeitsinteressen geringer zu werten, als das durch die Selbständigkeit der Verfügungen geschützte Verkehrsinteresse[2].

Die Gegenmeinung stütze sich in erster Linie auf zwei Argumente, nämlich auf die „Abstraktheit der dinglichen Rechtsgeschäfte" und den Wortlaut des § 817 BGB. Damit sei klar, daß es dem Richter verboten sei, sich um die Begleitumstände derartiger Geschäfte zu kümmern.

Der Begriff „abstrakt" werde jedoch falsch verstanden. Es solle durch ihn nur ein Werturteil dahingehend wiedergegeben werden, daß „in dem Konflikte der Abwehrinteressen wegen Nichterfolges und der Verkehrsinteressen diese Interessen vorgehen."

Weiterhin stelle die Berufung auf § 817 BGB eine unzulässige „Pressung des Wortlauts" dar.

Es käme vor, daß ein Gesetz in seinem Wortlaut Wiederholungen und Widersprüche enthalte. Es dürfe dabei nicht dem Gesetzgeber unterstellt werden, daß er bereits bei der Redaktion das zukünftige Ineinandergreifen aller Vorschriften lückenlos übersehen konnte. Vielmehr sei es Aufgabe der Praxis und Wissenschaft, hier ausgleichend zu wirken.

Die Normen der §§ 138 und 817 BGB enthielten dieselben Wertideen, nämlich die Unwirksamkeit des unsittlichen Versprechens[3].

Dieser Zusammenhang sei vom Gesetzgeber bei der Redaktion nicht berücksichtigt worden. Man müsse daher die Nichtigkeit des dinglichen Geschäfts aus § 138 BGB direkt folgern, ohne daß es noch auf § 817 BGB ankomme.

---

[1] Heck, Sachenrecht, S. 360.
[2] Heck, a. a. O. S. 122 ff.
[3] Heck, Schuldrecht, S. 428.

b) Weiterhin spiele die Theorie des Doppelgeschäfts eine große Rolle. Es sei doch widersinnig, daß bei der Uebereignung des Bordellgrundstücks § 138 BGB unberücksichtigt bleibe, während diese Bestimmung beim Erwerb der Hypothek durch den Veräußerer hindernd eingreife. Dies geschehe einmal gänzlich gegen den Willen der Parteien. Dann aber würden hierbei auch dogmatische Fehler begangen[4]. Man dürfe aus dem einheitlichen Rechtsvorgang nicht ein „Doppelgeschäft" machen, also einmal die Eigentumsverschaffung und das andere Mal die Hypothekenbestellung. Bei Betrachtung des Interessengehalts gelange man zu der Auffassung, daß nicht Zuwendung und Gegenzuwendung, sondern ein einheitlicher Vorgang vorliege, der eine einzige Zuwendung zum Inhalt habe. Diese bestehe in der Uebereignung des um den Rechtsinhalt der Hypothek geschmälerten Grundstücks, also eine Teilübertragung durch den Veräußerer und ein Teilerwerb durch den Käufer.

Da nun im vorliegenden Fall ein Teilerwerb durch den Veräußerer nicht möglich sei, müsse das ganze Geschäft zusammenfallen, denn die Parteien hätten ja den Erwerb unbelasteten Eigentums durch den Erwerber nicht gewollt. Dies sei jedoch nicht möglich gewesen, infolgedessen müsse alles zusammenfallen.

Auch diejenigen, die das Vorbehaltsgeschäft für die Anwendung des § 138 BGB in zwei Geschäfte zerlegten, sollten doch anerkennen, daß nur die gemeinsame Wirkung gewollt war und deshalb der Nichterwerb der Hypothek nach § 139 BGB auch den Eigentumsübergang vereitele.

c) Schließlich verneine man zu Unrecht den Anspruch des Veräußerers auf Grund des § 817 Satz 2 BGB. Diese Vorschrift könne dem Kondiktionsanspruch nach § 812 BGB, demzufolge der Veräußerer die Rückgabe des Grundstücks verlange, nicht in den Weg gestellt werden[5]. Wolle der Erwerber das Grundstück behalten, so müsse er den Kaufpreis zahlen oder aber mindestens die Grundschuld an den Veräußerer übertragen. „Damit sei die grobe Unbilligkeit der herrschenden Praxis beseitigt"[6].

Auch heute noch herrscht lebhafter Streit, ob das abstrakte Rechtsgeschäft für sich selbst wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB nichtig ist, oder ob die Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts zugleich das abstrakte Rechtsgeschäft umfaßt.

Die herrschende Lehre sagt[7], daß abstrakte Geschäfte, die in Erfüllung eines Grundgeschäfts vorgenommen werden, wegen ihres

[4] derf. Sachenrecht, S. 83 ff.

[5] Siehe dazu Heck, Arch. 124, 4 ff.: „Die Ausdehnung des § 817 S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche". Insbes. S. 12 u. Anm. 22.

[6] Für die Anwendung des § 138 auch auf das Veräußerungsgeschäft außerdem: Rumpff, Arch. 117, 315; Mitteis, § 137, Dernburg, I, § 127; Heck, Schuldrecht, § 129, 9 und § 142, 14.

Rechtsgrundes überhaupt nicht nichtig sein können. Namentlich die Unsittlichkeit des Grundgeschäfts könne sie nicht zu unsittlichen und damit unwirksamen Geschäften machen.

Zwar sei der Bordellkaufvertrag Beweggrund für die Einigung bei der Auflassung des Grundstücks gewesen. Dieser Beweggrund enthalte insofern etwas sittenwidriges, als die zur Erfüllung des Kaufvertrages erfolgte Uebereignung dem Erwerber die Fortsetzung des Bordellbetriebes ermöglichen sollte.

Für die Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstoße und daher nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sei, komme es jedoch nicht ausschließlich auf den Beweggrund für die Vornahme des Rechtsgeschäfts an, vielmehr wolle diese Norm nur solchen Rechtsgeschäften die Anerkennung und den Rechtszwang versagen, die nach ihrem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter nach den subjektiven und objektiven Momenten gegen die guten Sitten verstoßen.

Die Einigung habe aber, wenn sie als abstraktes Rechtsgeschäft betrachtet werde, nichts sittenwidriges an sich. Es handele sich bei ihr lediglich um die Herbeiführung einer dinglichen Rechtsänderung.

Der Eigentumsübergang ist mithin nach der herrschenden Lehre wirksam.

§ 817 S. 2 BGB bestätige, daß dies der Wille des Gesetzes sei. Diese Norm erübrige sich einfach, wenn die zur Erfüllung eines sittenwidrigen Grundgeschäfts erklärte Einigung über die Eigentumsübertragung aus dem gleichen Grunde nichtig sein würde. Das Eigentum wäre dann nicht an den Empfänger übergegangen und könnte mit der Eigentumsklage zurückverlangt werden. Indem aber das Gesetz in § 817 BGB darüber Bestimmung träfe, wann ein obligatorischer Anspruch auf Rückgabe des zu einem unsittlichen Zweck geleisteten gegeben und wann er ausgeschlossen sei, lasse es erkennen, daß das Geleistete trotz des sittenwidrigen Zwecks der Leistung in das Eigentum des Empfängers übergegangen sein soll[8].

Die herrschende Lehre nimmt ferner an, daß, wenn das Grundgeschäft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist, nur dem Leistenden der persönliche Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB

---

[7] Vgl. Planck, Bem. 1, b zu § 138. Enneccerus-Lehmann I, § 98, 2; Oertmann, Schuldverhältnisse, Bem. 4 zu § 817; Gierke, D. Pr. R. II, 910; Windscheid-Kipp, Pand. II, 885; v. Tuhr, Allgem. Schuldverträge, in der Festschrift für Schultze, S. 36 ff. Eccius, DJZ, 03, 41. Desgl. die Praxis: RGZ 68, 101; 75, 71 ff., gegen RGZ 63, 185.

[8] So die ständige Rechtsprechung des RG: RGZ 63, 185; 71, 432; RG in JW 06, 383; 12, 203; 20, 707; RG in Gruch. 57, 922; RG in LZ 18, 1270; sämtlich gegen RGZ 63, 177, worin die Nichtigkeit der Hypothek angenommen wurde.

zustehe, der jedoch gemäß § 817 Satz 2 BGB fortfiele, wenn beide Beteiligten mit der Leistung und deren Empfangnahme einen sittenwidrigen Zweck verfolgt haben.

Sei die Hypothek trotz der Nichtigkeit der persönlichen Forderung wirksam begründet, so stehe sie gemäß § 1163 BGB dem jetzigen Eigentümer als Eigentümergrundschuld zu.

Bei dieser Ueberlegung könne es auch dahingestellt bleiben, ob die für die Kaufpreisforderung aus einem unsittlichen Kaufalgeschäft erfolgte Bestellung einer Hypothek, die den Anspruch auf Geldzahlung nicht zur Erfüllung brächte, sondern nur die Erfüllung sichern solle, überhaupt als zum sittenwidrigen Zwecke beider Beteiligten vorgenommen zu erachten sei. Jedenfalls sei die Hypothekenbestellung, die für eine nichtige Forderung aus einem unsittlichen Rechtsgeschäft begründet wurde, keine Leistung im Sinne des § 817 BGB [9], denn der Erwerber habe hierbei nichts aus seinem Vermögen herausgegeben. Infolge der Nichtigkeit der zu sichernden Forderung sei das Hypothekenrecht kraft Gesetzes als Eigentümergrundschuld in der Hand des Bestellers verblieben [10].

Im Gegensatz hierzu wird die ehemalige Stellungnahme des Reichsgerichts [11] vielfach gebilligt.

Gehe die Einigung der Parteien auf Auflassung unter Vorbehalt der Eintragung der Hypothek, so könne der Käufer nicht die Pfandfreistellung des Grundstücks wegen der Unsittlichkeit des Rechtsgeschäfts verlangen. Der Erwerber müsse das dem früheren Eigentümer vorbehaltene Recht gelten lassen. Von dieser Verpflichtung würde er nur dann frei, wenn das ganze Rechtsgeschäft aufgehoben würde. § 1163 BGB beruhe doch auf dem Gedanken, daß der Eigentümer einen Anspruch auf eine freigewordene Hypothekenstelle besitze. Habe nun der frühere Eigentümer sich bei der Auflassung eine solche vorbehalten, so habe der neue Eigentümer sich damit durch Bewilligung der Hypothek einverstanden erklärt. Nachträglich könne jetzt kein Anspruch mehr auf diese Stelle erhoben werden [12].

Schließlich wird noch behauptet, daß die Schaffung einer Eigentümergrundschuld für den Erwerber dem Sinne des § 817 BGB zuwiderlaufe. Die Hypothekenbestellung sei Erfüllungsakt, somit klagbar und gültig [13].

---

[9] Vgl. dazu Oertmann, Schuldverh. Bem. 4 zu § 817 BGB.

[10] Dieses Ergebnis wird gebilligt von: RGR-Kom. § 1163, Anm. 2; Staudinger, § 1113, I, 3, c; § 817, 2, 2; § 138, 3, a; Matthießen, DJZ 07, 534; Henle, Recht 09, 387; OLG Kiel, Schlesw.-Holst. Anz. 08, 124; OLG Stuttgart, in Württemb. Rechtspfl. Z. 5, 153.

[11] Vgl. RGZ 63, 179 ff.

[12] Lenel, DJZ 07, 109; Kretzschmann, ZBlFG, 7, 809; Förster, Recht 05, 356; Werner, R. 09, 103.

[13] Reichel, DJZ 07, 110.

2. Die eigene Stellungnahme.

Das Ergebnis der herrschenden Lehre bewirkt praktisch gerade das, was durch das Gesetz tunlichst vermieden werden sollte, nämlich den offensichtlichen Schutz desjenigen, der den Bordellbetrieb weiterführen will. Die herrschende Lehre hat wohl erkannt, daß derartig sittenwidrigen Geschäften generell der Rechtsschutz zu versagen ist. Sie zieht hieraus aber keine Folgerungen. Sie beharrt auf einem fruchtlosen Positivismus, der mit den Lebensbedürfnissen und den darüber stehenden Gerechtigkeitsgeboten jeglichen Zusammenhang verloren hat. Der beste Beweis hierfür ist, daß nicht einmal der gebildete Laie in der Lage ist, ihrer spitzfindigen Beweisführung zu folgen, daß die Einigung bei der Hypothekenbestellung so moralisch indifferent sein soll, daß sie mit dem Grundgeschäft in keinen Zusammenhang mehr gebracht werden könne. Genau so unverständlich und unlogisch ist, daß Kaufgeschäft und Hypothekenbestellung ungleichmäßig beurteilt werden, daß man diesen einheitlichen Lebensvorgang auseinanderzerrt, ohne auf die Interessen der Beteiligten zu achten. Der letzte Ausweg ist dann die unbefriedigende Konstruktion, die zu einem offenen Widerspruch zum Gesetzeszweck und zur Interessenlage führt.

Der Gesetzeszweck, das wird von keiner Seite bestritten, verneint den gesetzlichen Schutz für diese Geschäfte.

Die materielle Interessenlage kann völlig dahingestellt bleiben, da es nur darauf ankommt, wie das vorliegende Geschäft unter Berücksichtigung der ideellen Interessen zu beurteilen ist.

Zunächst muß das dem Gesetzeszweck nahestehende Bedürfnis nach Schutzversagung solcher Geschäfte auf das eindringlichste bejaht werden. Die Rechtsordnung und die Lebensgemeinschaft haben ein Interesse an der Durchsetzung dieser Forderung, die durch die Praxis immer falsch verstanden worden ist. Damit ist der angeschaute Fall eigentlich schon entschieden, denn nur ein Ergebnis, das diesem Zweck entspricht, ist interessengemäß. Es handelt sich jetzt nur noch um die Feststellung, welche ideellen Interessen dem Gesetzeszweck entgegenstehen könnten und um die Abwägung des dabei möglichen Konflikts.

Neben den Verkehrsinteressen, die für die Selbständigkeit der dinglichen Rechtsgeschäfte sprechen, treten im angeschauten Fall die Sittlichkeitsinteressen in Erscheinung, die nicht nur das Kausal-, sondern auch das dingliche Geschäft berühren.

Wie sind diese Interessen einzeln zu bewerten?

Bereits aus dem Gesetzeszweck entnehmen wir, daß die Verkehrsinteressen den Sittlichkeitsinteressen zu weichen haben. Auch aus dem Umstand, daß die Verkehrsinteressen vor dem Schutz des Geschäftsunfähigen, vor dem Schutz bei Willensmängeln und vor dem

Schutz des Bewucherten zurücktreten entnehmen wir, daß sie erst recht vor dem Wächter eines geregelten und geordneten Gemeinlebens, den Sittlichkeitsinteressen, zurücktreten müssen.

Der krasse Gesetzespositivismus der bisherigen Rechtsprechung hat hier eine völlig falsche, dem Wesen und Inhalt des Gesetzes offensichtlich zuwiderlaufende Regelung getroffen, die untragbar ist. Es zeigt sich hier das Fehlen jedes höheren Maßstabes, denn instinktlos reiht man hier die Sittlichkeitsinteressen hinter die Interessen des Bewucherten, nur weil der Wortlaut des § 138 Abs. 2 im Gegensatz zu § 138 Abs. 1 dieses Ergebnis rechtfertige. Ohne im geringsten auf die dem Gesetze innewohnenden Gedanken, seine Zweckabsichten und Interessenverteilung einzugehen, versteift man sich auf diesen einseitigen, hohl begründeten Standpunkt.

Die begriffs-logische Gesetzesauslegung mußte dann notgedrungen den zweiten Fehler begehen, sie mußte die einheitliche, nach dem Willen der Parteien als ein Geschäft aufzufassende Veräußerung und Hypothekenbestellung in zwei Teile zerreißen, um jeden Fall für sich subsumieren zu können. Nur so sind die Widersprüche erklärlich. Wie falsch dieser Weg war, wird durch das völlige Verdrehen des nach dem Gesetzeszweck gewollten Erfolges bewiesen, denn bei der Uebereignung erfolgt eine Befreiung von der Vorschrift des § 138 BGB. Für den Erwerb der Hypothek wird diese Befreiung durch das Anlehnungsdogma wieder aufgehoben. Es liegt ja gar keine Zuwendung und Gegenzuwendung vor, sondern es handelt sich lediglich um die Uebereignung des um den Rechtsinhalt der Hypothek geminderten Grundstücks. Diese Lösung ist interessengemäß und würde dem von den Parteien gewollten Erfolge entsprechen. Es soll ja nicht erst unbelastetes Eigentum übertragen werden und dann zu irgend einer Zeit ein Grundpfandrecht für den Veräußerer bestellt werden. Diese Vorstellung ist völlig lebensfremd und unlogisch.

Wenn wir schon zwischen obligatorischen und Erfüllungsgeschäften teilen, dann ist nicht einzusehen, weshalb das Erfüllungsgeschäft von der Kausa des Uebereignungsgeschäftes ergriffen wird. Die strenge Teilung müßte doch beim Doppelgeschäft, — vorausgesetzt, daß diese Trennung überhaupt richtig ist — das Erfüllungsgeschäft für sich allein betrachten, und zur Verneinung der Anwendung der Vorschriften des § 138 I BGB auf dieses „dingliche Geschäft" gelangen. Das wird von der herrschenden Lehre leider nicht beachtet, denn sie hat noch nicht erkannt, daß der Begriff des Eigentums durch die Entstehung eines dinglichen Rechts nicht berührt wird. Es wird lediglich der Rechtsinhalt des dem Eigentümer zustehenden Rechts gemindert. Deshalb müssen wir die Bestellung eines beschränkt dinglichen Rechts als Teilveräußerung ansehen. Das hat zur Folge, daß die Veräußerung eines Grundstücks unter gleichzeitiger Bestellung einer Restkaufgeldhypothek auch nur Teilveräußerung ist, ein innerlich

und rechtlich eng zusammenhängender Vorgang. Damit nähern wir uns dem vom Gesetzgeber gewollten Erfolg. Wir lassen das ganze Geschäft nach § 139 BGB nichtig sein, denn die Hypothek kann ja nie zur Entstehung gelangen.

Damit werden wir auch dem Zweckgebote gerecht, weil die Möglichkeit zur Weiterveräußerung derartiger Grundstücke zum Zwecke des Weiterbetriebs unter Einräumung von Krediten verhindert wird.

Nur diese Regelung entspricht den Verkehrsinteressen. Das ewige Schwanken, wann nun das dingliche Geschäft gleichfalls nichtig ist, wann der aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmende Gesamtcharakter nach den subjektiven und objektiven Momenten gegen die guten Sitten verstoße, ist damit beseitigt. Die volks- und lebensfremde Konstruktion, daß das Erfüllungsgeschäft nur dann nichtig sei, wenn ihm eine Unsittlichkeit anhafte, was jedoch von dem Umstand abhängig gemacht wird, ob die causa in Form einer Bedingung in das abstrakte Rechtsgeschaft aufgenommen wurde, wird damit gleichfalls beseitigt. Beweggrund zur Hypothekenbestellung war die Gewährung eines Kredits im Wege der Stundung des Restkaufgeldes. Es wäre völlig undenkbar, daß die Parteien die Wirksamkeit der Bestellung der Hypothek von der Wirksamkeit der Auflassung des Bordellgrundstücks, und umgekehrt, nicht geltend gemacht haben würden.

Der Gesetzeszweck, die Weiterführung des Bordells zu verhindern, wird schließlich dadurch vereitelt, daß die h. L. den Kondiktionsanspruch des Veräußerers zu Unrecht verneint. § 817 BGB und § 138 Abs. 1 BGB enthalten dieselben gesetzlichen Wertideen. Sie stehen in Bezug auf unsittliche Rechtsgeschäfte gleichgeordnet nebeneinander. Die wörtliche Anwendung des § 817 BGB würde nur den Gesetzeszweck vereiteln und den Fortbetrieb des Bordells durch den „Nichteigentümer" ermöglichen.

Deshalb gebietet uns die „Gesetzestreue", dem Erwerber die Berufung auf § 817 BGB zu verbieten, damit er verpflichtet wird, die Einwilligung zur Aenderung des Grundbucheintrags zu geben.

Damit erreichen wir, was das Gesetz gewollt hat. Die Bordellgrundstücke sind, soweit sie zu Weiterbetriebszwecken veräußert werden sollen, dem Schutz des Gesetzes entzogen. Sie werden zu nutzlosen Gegenständen in der Hand des Veräußerers.

Der vorliegende Fall hat erneut gezeigt, wie falsch vielfach die durch Konstruktion gefundenen Ergebnisse der herrschenden Lehre sind. Die Lebensfremdheit dieser Lösung und die Entfernung vom Gesetzeszweck mußten sich notgedrungen mit der Verkennung der gesetzlichen Werturteile einstellen, deren Beachtung allein der Schlüssel für eine gerechte und interessengemäße Entscheidung ist.

Die zahlreichen Streitmeinungen, die mit durchschlagenden Argumenten gegen die herrschende Lehre ankämpfen, haben dies wohl mehr instinktiv als bewußt erfaßt. Dies ist sehr zu begrüßen, wenn auch in solcher Methode die Unsicherheit einen nicht hinwegdenkbaren Faktor darstellt.

Schlußwort.

Die vorliegende Betrachtung hat zu beweisen versucht, daß die heute noch vielfach angewendete begriffs-logische Gesetzesinterpretation zu ungewünschten, ja sogar gesetzeswidrigen und damit ungerechten Ergebnissen führt. Das organische Ineinandergreifen der Lebensgeschehnisse, die dabei auftretenden Bedürfnisse, ihr Konflikt mit anderen Interessen lassen sich nicht in unpersönliche, logische Entwicklungsreihen pressen. Die Folge wird immer sein, daß sich die Rechtsprechung vom Gesetzeszweck entfernt und damit volksfremd wird. Die Erreichung des Gesetzeszweckes muß immer über an sich logisch haltbaren Schlußfolgerungen stehen. Gesetz und Gesetzesanwendung stehen unmittelbar nebeneinander, sie sind gleichwertig. Nur durch eine gute, den Bedürfnissen entsprechende Gesetzesanwendung lassen sich die Gesetzeslücken so füllen, wie sie der Gesetzgeber unter Berücksichtigung aller in Frage kommender Momente ausgefüllt haben würde. Aus diesem Grunde ist der heiße Kampf um die Auslegungs- bezw. Anwendungsmethoden nicht ein Streit um Worte, eine Prestigefrage, sondern bitterste Lebensnotwendigkeit.

Es wird das nie zu vergessende Verdienst Heck's bleiben, ein Führer im Kampf gegen die überspitzte Begriffslogik zu sein, der uns nicht nur theoretisch, sondern gerade praktisch die eminente Bedeutung der Interessenjurisprudenz dargelegt hat. Es ist zum großen Teil seinem Wirken zuzuschreiben, daß in der heutigen Zeit die Ideen dieser Rechtsanwendung so fruchtbringend wirken und ständig an Boden gewinnen.

Lebenslauf.

Als jüngster Sohn des damaligen Oberlandesgerichtssekretärs Daniel Christmann und seiner Ehefrau Anna, geb. Brünig, wurde ich am 14. Juni 1909 zu Köln-Ehrenfeld geboren.

Ich besuchte die Oberrealschule zu Berlin-Steglitz bis zur Reifeprüfung im Jahre 1929. Dann studierte ich Rechtswissenschaft in Berlin und Rostock. Am 8. November 1933 legte ich am Kammergericht Berlin das erste juristische Staatsexamen ab. Am 9. Februar 1935 bestand ich vor der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock die mündliche Doktorprüfung. Ich befinde mich gegenwärtig im Vorbereitungsdienst.